Ueber die

Zulässigkeit der einseitigen Abänderung gemeinschaftlicher Testamente.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

KÖNIGLICH BAYERISCHEN

FRIEDRICH-ALEXANDER-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN.

EINGEREICHT VON

WALTER PUTSCH.

Leipzig 1895.

Druck von Ernst Heitmann.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0049

Litteraturangabe.

1) André II., Ueber das testamentum reciprocum im „Magazin für Hannoversches Recht". Band IX. 1859. S. 19—48.
2) Arndts, Dr. Ludwig, Ritter von Arnesberg, „Lehrbuch der Pandekten". VIII. Auflage, III. Band. Stuttgart 1874.
3) Baron, Dr. J., „Pandekten". III. Auflage. Leipzig 1879.
4) Beseler, Georg, „Die Lehre von den Erbverträgen". II. Theil. Göttingen 1837.
5) Biener, Friedr. August, „Opuscula academica". Vol. II. Leipzig 1830.
6) Bluntschli, „Deutsches Privatrecht". III. Auflage, besorgt von Dr. Felix Dahn. München 1864.
7) Bolley, „Beitrag zur Lehre von den correspectiven Testamenten der Eheleute". Stuttgart 1846.
8) Brinz, Dr. Alois, „Lehrbuch der Pandekten". II. Auflage, IV. Band. Erlangen 1886.
9) Deiters, P. F., „De dispositionibus hereditariis simultaneis". 1837.
10) Faber, Anton, „De erroribus pragmaticis et interpretum juris". Vol. II. Col. Alloprogum, 1609.
11) Fischer, Dr. Otto, „Zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute", im „Archiv für bürgerliches Recht". Band VI. 1892. S. 54—105
12) Gail, Andreas, „Practicarum observationum, tam ad processum judiciarium, praesertim imperialis camerae, quam causarum, decisiones pertinentium libri duo, Coloniae Agrippinae", 1608.
13) v. Glück, Dr. Christ. Friedrich, „Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Commentar", fortgesetzt von Dr. Christ. Friedrich Mühlenbruch. XXXV. Band. Erlangen 1832.
14) Göz, Dr., „Zur Lehre von den correspectiven Testamenten" im „Archiv für die civilistische Praxis". LIV. (Neue Folge IV.) Band 1871. S. 145—186.
15) Griesinger, Ludw. Friedr., „Commentar über das Herzoglich Württembergische Landrecht". V. Band. Frankfurt und Leipzig 1795.
16) Harpprecht, Ferd. Christophorus, „Dissertationum academicarum Volumina duo", Tübingen 1737; speciell dissertatio XXXIX „de testamentis correspectivis".
17) Hartmann, Dr. Gustav, „Die Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten". Braunschweig 1860.
18) Hasse, „Vom wechselseitigen Testament; zugleich von dem auf eine fremde Erbschaft gelegten Fideicommiss", im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, III. Jahrgang 1829. S. 239—278 und „Vom wechselseitigen Testament, Testament bei Gütergemeinschaft und von dem auf eine fremde Erbschaft gelegten Fideicommiss" im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, III. Jahrgang 1829, S. 490—558.

19) Heimbach, in Weiske's Rechtslexikon. Band X. Leipzig 1856. „Gemeinschaftliche Testamente", S. 889—907 unter „Testament" sub 3.
20) Heinzerling, W., „Zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten, mit besonderer Rücksicht auf Gerichtssprüche" im Archiv für practische Rechtswissenschaft, Neue Folge, X. Band, 1874, S. 253—300.
21) Heusler, A., „Institutionen des Deutschen Privatrechts". Leipzig 1885.
22) Laue, Carl, „Gutachten über Frage: Verdient die im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs vorgeschlagene Abschaffung der wechselseitigen Testamente Zustimmung?" in „Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages", I. Band. Berlin 1889.
23) von Leyser, Augustin, „Meditationes ad Pandectas", Vol. VI. Halae 1772.
24) Mittermaier, Dr. C. J. A.: „Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts", II. Ausgabe. Landshut 1826.
25) Pauli, C. W., „Abhandlungen aus dem Lübischen Recht", III. Theil. „Das Erbrecht der Blutsfreunde und die Testamente". Lübeck 1841.
26) Peck, Peter, „De testamentis conjugum libri quinque". Cöln 1585.
27) Puchta, G. F., „Pandekten". III. Auflage. Leipzig 1845.
28) Puchta, G. F., „Vorlesungen über das heutige römische Recht", herausgegeben von Dr. Adolf August Friedrich Rudorff. IV. Auflage. II. Band. Leipzig 1855.
29) Rosshirt, C. F., „Das testamentarische Erbrecht bei den Römern und in der Anwendung auf unsere Zeit". Heidelberg 1840.
30) Schilter, Joh., „Praxis Juris Romani in Foro Germanico". Frankfurt und Leipzig 1713.
31) Sintenis, Dr. Karl Friedr. Ferd., „Das practische gemeine Civil-Recht". II. Auflage. III. Band. Leipzig 1861.
32) Strippelmann, F. G. L., „Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel". VI. Theil. Cassel 1851. 3. Heft: „Ueber die rechtliche Bedeutung und Wirkung correspectiver Testamente". S. 480—532.
33) Stryk, Jo. Sam., „Dissertatio de testamentis conjungum reciprocis". Halae 1702.
34) Unger, Dr. Joseph, „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts". II. Auflage. VI. Band. Leipzig 1871.
35) „Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages. IV. Band. Berlin 1889.
36) Wernher, Joh. Balthasar, „Selectae observationes forenses". Tomus II. Jenae 1738.
37) Windscheid, Dr. Bernh., „Lehrbuch des Pandektenrechts". V. Auflage. III. Band. Frankfurt a/M. 1882.
38) Zimmermann, Dr. Friedr., „Ueber die den sogenannten correspectiven Testamenten zu Grunde liegende Bedingung" im „Archiv für die practische Rechtswissenschaft". I. Band. 1852. S. 12–34.

Disposition.

Einleitung: § 1. Begriff und Arten des gemeinschaftlichen Testaments; Anordnung des Stoffes.

Thema: Ist die einseitige Abänderung eines gemeinschaftlichen Testaments gestattet?

Kapitel I. Ist die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente überhaupt zulässig?

1) Beantwortung der Frage vom Standpunkt des römischen Rechts.
   § 2. Die unitas actus.
   § 3. Die Stellung der römischen Quellen.
2) Beantwortung der Frage vom Standpunkt des älteren germanischen Rechts. (§ 4.)
3) Beantwortung der Frage vom Standpunkt des heutigen Rechts.
   § 5. Allgemeines.
   § 6. Speciell von den correspectiven Testamenten.

Kapitel II. Kann bei gemeinschaftlichen Testamenten jeder Theil einseitig von seinen Verfügungen abgehen und eventuell mit welchen rechtlichen Wirkungen?

§ 7. Die Lebenszeit sämmtlicher Testatoren.
§ 8. Die Zeit nach dem Tode des einen Testators: Stand der Controversen.
§ 9. Fortsetzung: Die eigene Ansicht des Verfassers.

Schlussbemerkungen: (§ 10.)

Einleitung.

§ 1.

Begriff und Arten des gemeinschaftlichen Testaments. Anordnung des Stoffs.

Der Versuch der Beantwortung der Frage, ob die einseitige Abänderung eines gemeinschaftlichen Testaments gestattet ist, setzt zunächst eine Klarstellung des Begriffs desselben und seiner Arten voraus.

1. Ein gemeinschaftliches Testament ist nicht Ein Testament, sondern eine Verbindung von Testamenten zweier, selten dreier, möglicherweise, aber wohl kaum praktisch, auch mehrerer Personen in demselben Testamentsacte. Ein solches Testament ist oft ein schriftliches und deshalb betrachten Viele als Erforderniss desselben die Errichtung in derselben Urkunde.[1]) Andere[2]) halten aber auch ein gemeinschaftliches mündliches Testament, wenn es nur uno actu errichtet wurde, für möglich, und man wird ihnen zustimmen können, wenn die Testatoren ihre Absicht, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten, unzweideutig zu erkennen gaben, auch wenn sie nacheinander, also zeitlich getrennt, vor denselben von ihnen sämmtlich dazu gerufenen Zeugen ihren letzten Willen erklärten.[3])

2. Setzten sich die mehreren Testatoren gegenseitig zu Erben ein, oder wenden sie sich darin anderweite erbrechtliche Vortheile zu, so ist das gemeinschaftliche Testament (testamentum simultaneum) ein testamentum reciprocum und

3. wenn ihre Intentionen darauf gehen, dass die mehreren Testamente in gegenseitiger Abhängigkeit stehen sollen, so nennt man das gemeinschaftliche Testament testamentum correspectivum.[4])

---

[1]) cfr. z. B. Bluntschli, III. Aufl., § 248, Ziff. 2, S. 734.

[2]) cfr. z. B. Hasse, S. 239.

[3]) Anderer Meinung: Windscheid, § 568, Note 1, S. 111; nur das Erforderniss der unitas actus könnte nicht gewahrt sein: hierüber cfr. § 2.

[4]) cfr. hierüber unten § 6.

Gemeinschaftliche Testamente, welche nicht gegenseitige oder wechselseitige (reciproca) oder von einander abhängige (correspectiva) sind, bei denen also die Verbindung der mehreren letzten Willen eine rein äusserliche ist, kommen bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage nach der Statthaftigkeit einseitiger Abänderung eines gemeinschaftlichen Testaments gar nicht in Betracht, denn diese Verbindung ist rechtlich völlig unerheblich und jedes der mehreren darin enthaltenen Testamente behält seine Selbständigkeit, so dass die Ungültigkeit oder der Widerruf des einen auf das andere naturgemäss keinerlei Wirkung auszuüben vermag.

Eine andere Frage aber ist, ob solche Testamente überhaupt gültig sind, und deren Beantwortung wird nicht umgangen werden können.

Die gegenseitigen Testamente können mehrfacher Art sein:

a) entweder die beiden Testatoren[1]) setzen sich gegenseitig, aber auch lediglich nur sich zu Erben ein;
b) oder der Erstversterbende belastet den Ueberlebenden als seinen Erben mit Vermächtnissen zu Gunsten Dritter;
c) oder sie setzen sich gegenseitig, daneben aber auch noch dritte Personen zu Erben ein;
d) oder der Ueberlebende erhält am Vermögen des Erstversterbenden nur einen lebenslänglichen Niessbrauch, die Substanz des Vermögens des Letzteren fällt dagegen an Dritte;
e) oder sie setzen sich zu Erben ein und treffen gleichzeitig Verfügungen auf den Fall des Todes des Letztversterbenden.

Dies möchten die wesentlichsten Variationen sein, in welchen gegenseitige Testamente sich bewegen; natürlich aber ist eine Combination mehrerer dieser Variationen denkbar z. B. dahin, dass die Testatoren sich gegenseitig und gleichzeitig Dritte zu Erben einsetzen, dass diesen Erben Vermächtnisse auferlegt werden und dass überdies über die Portion des länger lebenden Testators weitere testamentarische Bestimmungen getroffen werden. Indess solche Verhältnisse bieten nichts Besonderes, sind vielmehr nach den für obige Fälle zu findenden Regeln zu entscheiden.

Auf die mannigfaltigen Gestaltungen, in denen gemeinschaftliche, gegenseitige Testamente vorkommen können, soll, soweit nöthig,

---

[1]) Es soll im Folgenden der Kürze halber nur von zwei Testatoren gesprochen werden, obwohl nach dem zu Anfang Gesagtem auch mehr als zwei Personen gemeinschaftlich bez. correspectiv testiren können.

zurückgekommen, des besonderen Umstandes aber schon hier gedacht werden, dass die den Gegenstand der Verfügungen des gemeinschaftlichen gegenseitigen Testaments bildende Vermögensmasse eine juristische Einheit bilden kann, sei es, dass durch besonderen Rechtsact eine solche Vereinigung herbeigeführt wurde, sei es, dass auf Grund eines Rechtssatzes, wie des der Gütergemeinschaft der Ehegatten, eine solche vorhanden war.

Nach Vorausschickung dieser allgemeinen Begriffsbestimmungen, wie sie wohl allgemein anerkannt sind, und der Skizzirung der verschiedenen Arten gemeinschaftlicher gegenseitiger Testamente soll untersucht werden,

I. ob die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente überhaupt zulässig ist und

II. ob und eventuell mit welchen rechtlichen Wirkungen bei gemeinschaftlichen Testamenten jeder Testator einseitig von seinen Verfügungen abgehen darf und zwar

1. bei Lebzeiten des anderen Testators,
2. nach dessen Tode bez. nach endgültigem Erwerb der Zuwendung des Erstverstorbenen.

Thema:

Ist die einseitige Abänderung eines gemeinschaftlichen Testaments gestattet?

KAPITEL I.

Ist die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente überhaupt zulässig?

1. Beantwortung der Frage vom Standpunkt des römischen Rechts.

§ 2.

Das Erforderniss der unitas actus.

Mehrere Quellenstellen betonen das Erforderniss der einheitlichen Vollziehung des Actes der Testamentserrichtung, die sogenannte unitas actus:

In l. 21. § 3. D. 28. 1. sagt Ulpianus:

„Uno contextu actus testari oportet; est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur.“ [1])

Die Kaiser Theodosius und Valentinian verordneten in l. 21. pr. C. 6. 23:

„Sancimus . . . ., testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus valere testamentum“

und Justinian bestimmt in l. 28. pr. C. 6. 23:

„Cum antiquitas testamenta fieri voluit nullo actu interveniente et hujusmodi verborum compositio non rite interpretata paene in perniciem et testantium et testamentorum, procederet, sancimus in tempore, quo testamentum conditur vel codicillus nascitur vel ultima quaedam dispositio secundum pristinam celebratur observationem (nihil enim ex ea penitus immutandum esse censemus), ea quidem, quae minime necessaria sunt, nullo procedere modo, quippe causa subtilissima proposita ea quae superflua sunt minime debent intercedere.“

[1]) cfr. auch l. 3, J. 2, 10.

Trotzdem Justinian in l. 28. § 1—5 C. 6. 23 weiter ausführt, dass eine durch die Nothwendigkeit der Befriedigung eines leiblichen Bedürfnisses des Erblassers oder eines Zeugen entstandene nicht übermässige Unterbrechung des Testamentsactes nicht schadet und die verlangte unitas actus nicht dadurch zerstört wird, dass an Stelle eines durch Krankheit dauernd verhinderten Zeugen nachträglich ein anderer zugezogen wird, und trotzdem Justinian hierdurch deutlich zu verstehen giebt, dass nur nicht unnöthige und gleichzeitig fremdartige Thätigkeiten des Testators oder der Zeugen die Testamentshandlung unterbrechen dürfen, so wurde doch von den Meisten, welche die Ansicht der älteren Doctrin, hauptsächlich der italienischen Juristen, von der Statthaftigkeit gemeinschaftlicher Testamente nach Römischem Recht bestritten, zur Begründung ihrer Ansicht die Vorschrift der unitas actus bei der Testamentserrichtung ins Feld geführt.[1])

Allein dieser Einwand scheint nicht begründet. Denn, was zunächst das testamentum parentum inter liberos anlangt, so genügt für die schriftliche Errichtung ein eigenhändiger, mit Datum versehener schriftlicher Aufsatz des Testators ohne alle weiteren Förmlichkeiten und es möchte das Erforderniss der unitas actus ein Hinderniss der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nicht bilden, wenn beide Eltern ein solches Testament dergestalt errichten, dass jeder Elterntheil die von ihm ausgehenden Erbeseinsetzungen selbst schreibt. Denkbar würde wohl auch sein, dass die Eltern zu gleicher Zeit in eigenhändigen, schriftlichen datirten Aufsätzen ihre Kinder zu Erben einsetzen und bestimmen, dass beide Aufsätze als Theile eines und desselben Testamentes betrachtet werden sollen, sie vielleicht auch körperlich mit einander verbinden. Hier liegt gewiss nicht weniger, als bei anderen gemeinschaftlichen Testamenten, eine Verbindung von Testamenten Mehrerer in einem Testamentsacte bez. in derselben Urkunde vor.[2])

Geht man aber soweit, wie soeben geschehen, so steht das Erforderniss der Einheitlichkeit der Testamentserrichtung auch bei keiner anderen Testamentsform entgegen, gemeinschaftlich den letzten Willen zu erklären, und es will nicht einleuchtend erscheinen, dass

---

[1]) cfr. z. B. Puchta, Vorlesungen § 481, S. 385, 386. „Jedes dieser Testamente wird durch das andere unterbrochen. Die innere Doppelheit des Testaments verträgt sich nicht mit der Einheit der Handlung".

[2]) cfr. auch Windscheid § 568, Note 2, S. 112 und Hartmann II, § 2, S. 106.

beim schriftlichen Testament dieses Erforderniss mehr gewahrt sei, als beim mündlichen. Allerdings liegt bei ersterem die schriftliche Abfassung ausser dem eigentlichen Testamentsacte. Die Testatoren haben nur die den Zeugen vorgezeigte Urkunde in deren Gegenwart zu unterzeichnen und zu erklären, dass diese Urkunde ihren gemeinschaftlichen letzten Willen enthalte, allein die Unterzeichnung und Erklärung der mehreren Testatoren ist zeitlich genau so von einander getrennt, als wenn sie mündlich testirt hätten. Und, wenn l. 28. § 1. C. 6. 23 bestimmt, die Unterschrift des Testators sei überflüssig, wenn er das ganze Testament eigenhändig geschrieben und dies in ihm ausdrücklich bemerkt habe, so kann einestheils dieser Fall bei gemeinschaftlichen Testamenten überhaupt nicht vorkommen, es sei denn, dass zwei selbständige Testamente körperlich und mit übereinstimmenden Willen der Testatoren vereinigt sind, anderentheils bleibt dann immer noch die von jedem der mehreren Testatoren abzugebende Erklärung, dass die vorliegende Urkunde ihr Testament enthalte; und diese Erklärungen sind nach wie vor, wenn auch aneinandergrenzende, so doch zeitlich getrennte.[1])

Windscheid[2]) und Hartmann[3]) behaupten zwar, für das testamentum principi oblatum treffe ein zeitliches Ineinandergreifen der mehreren Testamentserklärungen nicht zu, allein, wenn es auch richtig ist, dass dasselbe ohne jede weitere Solennität gültig errichtet ist, wenn die Testamentsurkunde dem Kaiser von dem Testator überreicht ist, so ist doch dagegen zu erinnern, dass die Testatoren in Bezug auf ein gemeinschaftliches Testament schriftlich oder mündlich erklären müssen, dass die überreichte Urkunde ihr Testament enthalte. Diese Erklärung steht aber doch wohl ebenfalls unter der Vorschrift der unitas actus und kann von den mehreren Testatoren nur persönlich und nach einander abgegeben werden.

Somit ist allenthalben bei gemeinschaftlichen Testamenten ein Ineinandergreifen von letztwilligen Erklärungen verschiedener Testatoren nicht abzuleugnen; dasselbe steht aber dem Erforderniss der unitas actus nach richtiger Auffassung nicht entgegen.

---

[1]) cfr. auch Windscheid, a. a. O. und Hartmann, § 2, S. 93, 94, welche das gemeinschaftliche mündliche Testament verwerfen, das schriftliche aber anerkennen; in der Begründung gehen beide jedoch auseinander. Hartmann leugnet offenbar irrig jede Unterbrechung bei dem testamentum simultaneum holographum.

[2]) a. a. O.

[3]) a. a. O., § 2, S. 105, 106.

Nichts ist natürlicher, als dass die sämmtlichen bei der Testamentserrichtung Betheiligten, der Wichtigkeit der Handlung entsprechend, ihre Aufmerksamkeit auf die Beobachtung der vorgeschriebenen Formen und bezw. beim mündlichen Privattestament auf den materiellen Inhalt desselben concentriren müssen. Waren die Formalitäten nicht gewahrt, z. B. ein Zeuge zu wenig zugezogen oder einer oder der andere der Zeugen rechtlich von Zeugniss ausgeschlossen oder vergassen die Zeugen die Siegelung oder bezw. Unterzeichnung, so war das ganze Testament nichtig und der Testator im guten Glauben an den Rechtsbestand desselben um sein Recht, letztwillig zu verfügen, gebracht. Achteten aber die Zeugen nicht gehörig auf den materiellen Inhalt der Dispositionen des Testators, so widerstreitet dies ihrer Aufgabe als Beglaubigungszeugen[1]) und der Testator selbst lief Gefahr, etwas anderes zu erklären, als er beabsichtigte, wenn er sich nicht, so weit dies irgend thunlich, bis zur Beendigung des Testiractes lediglich diesem widmete.

Dies mögen die Erwägungen gewesen sein, aus denen die Aufstellung des Erfordernisses der unitas actus hervorging; dass dieser Begriff aber nicht strict und unter bedingungslosem Festklammern an den Wortlaut interpretirt werden darf, ergiebt sich nicht nur aus der ratio dieser Gesetzesbestimmung, sondern ist von den Quellen ausdrücklich anerkannt worden.

Es ist zu Beginn dieses Paragraphen darauf hingewiesen, dass Justinian die Befriedigung leiblicher Bedürfnisse des Erblassers und der Zeugen und die Zuziehung eines anderen Zeugen an Stelle eines dauernd durch Krankheit verhinderten nicht als eine Unterbrechung der unitas actus ansieht, und offenbar wollte er damit nur Beispiele als Anhaltepunkte für das richtige Verständniss des mehrgedachten Erfordernisses geben und nicht zwei singuläre Ausnahmen statuiren, welche durch Analogie keine Ausdehnung hätten erfahren dürfen.

Dies geht deutlich hervor aus den oben citirten Worten Justinians,[2]) was überflüssig und unnöthig sei, habe während der Testamentserrichtung zu unterbleiben.

[1]) Die Testamentszeugen werden zwar gewöhnlich als Solennitätszeugen bezeichnet (so z. B. Baron § 393 I, S. 604), allein sie möchten doch auch zur Beglaubigung und zum Beweis dienen; weshalb hätte man sie sonst zur Testamentseröffnung Zwecks Recognition ihrer Siegel und Namen und derjenigen der abwesenden Zeugen zugezogen?

[2]) In § 2 im Anfang i. l. 28 pr., C. 6, 23.

Wie kann man aber sagen, dass die ineinandergreifenden Erklärungen mehrerer Testatoren bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments überflüssig und unnöthig seien? Sie sind vielmehr durch die Natur der Sache geboten, so dass unter der Voraussetzung, dass das römische Recht überhaupt gemeinschaftliche Testamente kannte, die unitas actus ganz gewiss kein Hinderniss ihrer Gültigkeit bildete, dieses Erforderniss also auch für diese besondere Art von Testamenten nicht erst durch besondere Gesetzesbestimmung nachgelassen oder modificirt zu werden brauchte.

Zu demselben Resultat gelangt man auf Grund des oben citirten Ausspruchs Ulpians,[1]) kein fremdartiger Act solle sich in die Testamentserrichtung einschieben; die beiden in Einem Act errichteten Testamente mehrerer Testatoren bilden eben gegenseitig keine fremdartigen Acte und auf sie kann man gewiss die weiteren Worte Ulpians beziehen, das Testament werde dadurch nicht fehlerhaft, dass Jemand etwas auf die Testamentserrichtung Bezügliches thue.

Die hier versuchte Auslegung ist wohl auch verträglich mit den Bestimmungen der Notariatsordnung von 1512, welche im II. Theil „Von den Testamenten“ sagt:

> § 7. „. . . . als dann desselben Tags und Zeit, ohne dass einge andre auswendige Handlung oder Weile, denn allein der Leibesnoth halben geschehe, und klein wäre, dazwischen falle, durch die sieben Zeugen alle, mit eigenen Händen unterschrieben und gewöhnlichen Siegeln oder Signetten bezeichnet werde.“
>
> § 9. „. . . . zum Dritten, dass der Notarius . . . berufen und desgleichen alle und jede Zeugen, vom Testirer dazu gebeten, zu einer Zeit und an einer Statt, also, dass kein ander Zeit, denn die klein wäre und aus Nothdurft der Natur sich begebe, dazwischen falle....“

Bedarf es aber noch eines Beweises, dass die römische Anschauung von der unitas actus die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente nicht ausschliesst, so braucht nur auf die in § 3 näher zu erwähnende Verordnung der Kaiser Theodosius und Valentinian vom Jahre 446 n. Chr. hingewiesen zu werden, welche die Gültigkeit sowohl eines testamentum simultaneum principi ablatum als eines vor sieben Zeugen errichteten testamentum nuncupativum in scripturam redactum anerkannte, obwohl bei deren Errichtung die

---

[1]) In § 2 im Anfang l. 21, § 3., D. 28, 1.

unitas actus nicht mehr gewahrt war, als sie überhaupt bei einem gemeinschaftlichen Testament gewahrt werden kann.

Es scheint nach alledem kein Bedenken im Wege zu stehen, die gemeinschaftlichen Testamente im Hinblick auf das Erforderniss der unitas actus schon nach römischem Recht für möglich zu erachten.

§ 3.

Die Stellung der römischen Quellen zu den gemeinschaftlichen Testamenten.

Im Jahre 290 n. Chr. rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian an den Soldaten Victorianus:[1])

„Licet inter privatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit alterius rebus potiatur, nec donationis quidem mortis causa gestae efficaciter speciem ostendat, tamen cum voluntas militum, quae super ultimo vitae spiritu deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicii obtineat proponasque te ac fratrem tuum ad discrimen proelii pergentes ob communem mortis fortunam invicem pactos esse, ut ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitae attulisset, pertinerent, existente condicione intellegitur ex fratris tui iudicio, quod principalium constitutionum prompto favore firmatur, etiam rerum eius compendium ad te delatum esse."

Diese Verordnung gab, so einfach sie ist, zu Controversen viele Veranlassung. Am wenigsten gerechtfertigt scheint die Meinung derer,[2]) welche darin die Sanctionirung eines Erbeinsetzungsvertrages erblicken, dergestalt, dass den Soldaten nach dieser Richtung ein Sonderrecht eingeräumt worden sei; bekanntlich betrachteten die Römer Erbeinsetzungsverträge als gegen die gute Sitte verstossend; sie waren deshalb ungültig; sie aber für Soldaten für zulässig zu erklären, war im vorgedachten Falle schon deshalb unmöglich, weil die Stipulationsform nicht beobachtet war, und ihnen auch dies Erforderniss zu erlassen, lag um so weniger Grund vor, als die Verabredung der beiden in Betracht kommenden Soldaten sich schon aus dem Gesichtspunkt des Testaments aufrecht erhalten liess. In Bezug auf die Testamentserrichtung waren Soldaten bekanntlich in

[1]) L. 19, C. 2, 3.

[2]) cfr. z. B. Baron, § 390, Ziff. 1, S. 600.

vielen Beziehungen bevorzugt, während keine andere Quellenstelle einen Anhalt dafür bietet, dass die Soldaten auch in Hinblick auf Erbverträge auch nur das geringste Privileg genossen hätten.[1])

Bedenklich und gleichzeitig gekünstelt erscheint auch eine andere Ansicht,[2]) welche in der letztwilligen Bestimmung der beiden Brüder einen (ungültigen) Erbvertrag erblickt, aus welchem die Kaiser die Willenserklärung des Verstorbenen herausnahmen, indem sie dieselbe für unzweifelhaft ansahen und für genügend erklärten, um eine letztwillige Verfügung, d. h. ein Soldatentestament zu begründen.

Einfacher und ungezwungener möchte doch der Sinn der gedachten Quellenstelle so zu verstehen sein, dass das formlose, wechselseitige, auf den Fall des Todes des einen Testators in einer unmittelbar bevorstehenden Lebensgefahr errichtete Testament der Soldaten (natürlich ohne Rücksicht und Beschränkung darauf, dass die Testatoren Brüder waren) gültig sei.

Dass eine gegenseitige Beredung (invicem esse pactos) zu einem gegenseitigen Testament erforderlich ist, ist selbstverständlich; darauf wird weiter unten zurückgekommen werden,[3]) durch diese Vereinbarung wird aber das gegenseitige Testament so wenig im römischen Recht, wie heute ein Erbvertrag. Das Hauptkriterium bleibt die einseitige Widerruflichkeit des ersteren im Gegensatz zu der einseitigen Unwiderruflichkeit des letzteren, ein Kriterium, welches allerdings bei dem concreten vorliegenden Falle ohne praktische Bedeutung ist, in welchem die wechselseitige Erbeseinsetzung unmittelbar vor der Schlacht erfolgte und vereinbarungsgemäss nur für den Fall des Todes des einen Testators in derselben Gültigkeit hatte.

Für das ältere römische Recht kam noch als besonderes Unterscheidungsmerkmal in Betracht, dass zu Verträgen, wie schon bemerkt, die Stipulationsform erforderlich war, während das Testament dieselbe nicht erforderte und das Soldatentestament überhaupt von allen Formenvorschriften entbunden war.

Bei der hier vertretenen Ansicht, dass nämlich in der l. 19. C. 2. 3. ein wechselseitiges Testament anerkannt ist, fragt es sich aber, ob die Kaiser ganz dem bestehenden Recht gemäss ent-

---

[1]) cfr. Beseler, § 4, S. 107.

[2]) cfr. Beseler, a. a. O. und § 11, S. 302 ähnlich auch Glück, Band 35, S. 57.

[3]) cfr. unten § 6 im Anfang.

schieden,[1]) oder eine neue exceptionelle Vergünstigung für Soldaten statuirten.[2])

Gegen die letztere Ansicht ist einzuwenden, dass bei der anerkannten Formlosigkeit von Soldatentestamenten nichts besonderes darin zu erblicken ist, dass sich zwei Soldaten gegenseitig zum Erben ernannten. Das dabei aufgesetzte Schriftstück ist umsoweniger gegen diese Einwendung beweisend, als die gegenseitige Erbeseinsetzung auch ohne dasselbe zu Recht bestand. Treffender scheint die Annahme, dass gegenseitige Testamente, selbst dieser einfachsten Art, in denen der eine Testator den anderen für den Fall, dass dieser ihn überleben werde, wechselseitig zum Universalerben einsetzt und weitere Verfügungen überhaupt nicht hinzufügt, zu jener Zeit gänzlich unbekannt waren, dass aber die Kaiser im Hinblick auf die allgemein anerkannte Zulässigkeit der Formlosigkeit der Soldatentestamente keine Bedenken trugen, die von den beiden Soldaten angeordnete wechselseitige Erbeseinsetzung als gültig anzusehen, ohne dass sie damit beabsichtigten, etwas zu statuiren, was nicht aus dem geltenden Recht sich von selbst ergab.

Das Unbekanntsein derartiger wechselseitiger Testamente gab aber jedenfalls die Veranlassung zur Anfrage an die Kaiser, welche ausdrücklich betonten, ein Schriftstück, wie das vorgelegte, würde unter Civilisten nicht einmal als mortis causa donatio Gültigkeit gehabt haben. Hierzu fehlt ja die damals erforderte Stipulationsform oder die Tradition des Objects. Ergänzen kann man gewiss aus dem Sinne der Kaiser: als wechselseitiges Testament unter Civilisten würde das vorgelegte Schriftstück noch weniger, als wie als mortis causa donatio, von Wirksamkeit gewesen sein.

Als Resultat der vorstehenden Darlegungen ergiebt sich also folgendes:

1) Das gemeinschaftliche Testament war zur Zeit der Kaiser Diocletian und Maximian wohl unbekannt.

2) Ein gemeinschaftliches Testament zweier Soldaten, welche sich mit Ausschluss aller weiteren letztwilligen Verfügungen gegenseitig zu Universalerben ernannten, wurde als zulässig erklärt.

   Dies ist um so leichter verständlich, weil dasselbe Resultat auch durch zwei völlig getrennte Testamente hätte erreicht

[1]) **Hartmann II, § 2, S. 97, 98.**

[2]) **Beseler, a. a. O., § 11, 1 S. 202, 203.**

werden können: mit dem Tode des einen Testators wurde sein Vermögen dem anderen Testator deferirt und das Testament des letzteren gleichzeitig destitut.

3) Aus der Entscheidung ergiebt sich kein sicheres Material für die Beantwortung der Frage, ob die Ansicht der Kaiser dahin ging, ein unter Beobachtung der erforderlichen Solennitäten errichtetes, gemeinschaftliches gegenseitiges Testament unter Civilisten sei ebenfalls gültig.[1])

Wahrscheinlicher scheint freilich die Annahme, dass die Kaiser solenne wechselseitige Privattestamente für unzulässig hielten, denn sonst hätten sie wohl Veranlassung nehmen können, das Gegentheil mit einigen Worten anzudeuten, zumal da sie die Gelegenheit benutzten zu der ziemlich selbstverständlichen Erklärung, „ein Schriftstück wie das vorgelegte", würde unter Civilisten nicht einmal als mortis causa donatio gültig gewesen sein.[2])

Dagegen enthält eine etwa 150 Jahre jüngere Constitution mit klaren Worten die Anerkennung eines gemeinschaftlichen Testaments.

Es ist dies die bekannte Testamentsnovelle von Valentinian III. vom Jahre 446 n. Chr., welche 448 von Theodosius II. für den Orient publicirt wurde.[3])

Die Entscheidung fusst auf folgendem der Praxis entnommenen Thatbestand:

Zwei kinderlose Eheleute hatten zuerst in Gemässheit des vom Kaiser Honorius im Jahre 413 n. Chr. eingeführten testamentum principi oblatum ein solches Testament errichtet, in welchem sie

[1]) Anderer Meinung: Puchta, Vorlesungen, § 481, S. 386. „Nur an einer Stelle (d. h. der l. 19, C. 2, 3) wird für Soldaten eine Ausnahme gemacht. Darin liegt sogar eine stillschweigende Missbilligung bei anderen Personen", und Glück, a. a. O. 57, „auf keinen Fall ist es anderen Personen (s. c. als Soldaten) gestattet (s. c. gemeinschaftlich in einem Act und in einer Urkunde zu testiren), wie die im Eingange des Gesetzes aufgestellte Regel klar beweist". — Die gegentheilige Ansicht vertreten ältere Juristen (z. B. Pinellus l. c. N. 50 und noch Walch, introd. in controv. juris, Jenae 1792, sect. II, cap. IV, membr. III, § 25, S. 316 ff.: citirt von Hartmann, a. a. O., S. 98, Note 3), welche die unhaltbare Behauptung aufstellten, was Soldaten formlos gültig könnten, könnten Civilisten bei Beobachtung der gesetzlichen Form.

Dieselbe Ansicht, wie im Text dargelegt, vertritt auch Hartmann, a. a. O., § 2, S. 98.

[2]) Das testamentum principi oblatum wurde bekanntlich erst im Jahre 413 n. Chr. von Honorius und Theodosius II. eingeführt (cfr. im Text weiter unten).

[3]) Dieselbe ist vollständig abgedruckt bei Fischer, a. a. O., S. 59, 60. (Nov. Valent. III, Art. XX, 1.)

sich gegenseitig zu Erben einsetzten. Als sie auf ihre Bittschrift keine Antwort erhielten, wurden sie wohl bedenklich und errichteten vor sieben Zeugen noch ein inhaltlich mit jenem übereinstimmendes Privattestament.[1]) Die Frau stirbt, der Ehemann bittet in einem erneuten Gesuch um Antwort, ob das gemeinschaftliche wechselseitige testamentum principi oblatum gültig sei, und überreicht gleichzeitig das spätere solenne Privattestament. Die Kaiserliche Entscheidung lautete: die Erbeinsetzung des Ehemannes durch seine Frau sei aus einem doppelten Grunde gültig, einmal wegen des keiner Antwort bedürfenden testamentum principi oblatum und zweitens wegen des solennen späteren gleichlautenden Privattestaments; auch stehe das Verbot captatorischer Verfügungen der Gültigkeit gegenseitiger Erbeseinsetzungen nicht entgegen, da es sich um duorum similis affectus et simplex religio testamenta condentium und nicht um captatorische Dispositionen handle. Es kann wohl davon abgesehen werden, auf den Inhalt dieser Verordnung näher einzugehen, da sie von Justinian nicht in seinen Codex aufgenommen wurde und deshalb in Gemässheit der Constitutio de Justinianeo Codice confirmando § 3 keine Bedeutung für das recipirte Römische Recht beanspruchen kann. Nur soviel sei bemerkt, dass diese Valentinianische Testamentsnovelle zwar ein gemeinschaftliches gegenseitiges Testament zweier kinderloser Ehegatten mit klaren Worten anerkennt, dass dieses Testament aber nur die wechselseitige Erbeseinsetzung eben dieser Ehegatten enthielt, weitere Dispositionen zu Gunsten dritter Personen nach dem Tode des Erstversterbenden oder nach dem Tode beider Ehegatten aber gänzlich fehlten. Es ist auch gar nicht einzusehen, warum einem solchen Testamente keine rechtliche Gültigkeit innewohnen sollte, wenn, wie in § 2 dargelegt, die Vorschrift der unitas actus oder etwa das Verbot captatorischer Verfügungen nicht im Wege stand. Dass bei den Römern Ehegatten oder andere sich nahestehende Personen, jeder Testator für sich, Testamente zu Gunsten des anderen nach vorausgegangener Verabredung oder ohne solche errichteten, war gewiss eine, wenn auch gerade nicht häufige[2]) Thatsache zumal die

[1]) Glück, a. a. O., S. 58 und nach seinem Vorgang viele andere behaupten irrig, die Novelle spreche nur von einem gemeinschaftlichen testamentum principi oblatum; cfr. dagegen Hartmann, a. a. O., S. 99, 100 und Note 1, S. 100, Note 3, S. 101. Fischer, a. a. O, S. 61.

[2]) Bei Ehegatten, welche keine Kinder hatten, stand ja die aus der lex Papia Poppaea resultirende Incapacität im Wege, welche Theodosius II.

auf Grund des geltenden Rechts fussende Entscheidung Valentinians das Verbot captatorischer Verfügungen als hier nicht platzgreifend bezeichnen konnte: warum sollten also die mehreren Testamente nicht auch in einem Acte, bez. in einer Urkunde errichtet werden können, wenn die Vorschrift der unitas actus kein Hinderniss bildete?!

Dass die Gültigkeit der einfachen wechselseitigen gemeinschaftlichen Testamente sich einerseits aus dem geltenden Recht ohne Weiteres und von selbst ergab, wenn auch erst Valentinian III. und Theodosius II. dies anerkannten, anderseits selten oder fast nie solche Testamente errichtet wurden, mag der Grund gewesen sein, weshalb Justinian der Valentinianischen Novelle die Aufnahme in seinen Codex versagte: vielleicht auch wollte er der Errichtung wechselseitiger Testamente nicht Vorschub leisten, zumal da in dem hier anerkannten Umfang ein Bedürfniss für sie gar nicht vorlag.[1])

Nimmt die Nichtaufnahme dieser Constitution ihr zwar die Beweiskraft, so bietet Valentinians Ausspruch immerhin einen werthvollen Anhaltepunkt für die Ansicht, dass wechselseitige einfache Erbeseinsetzungen zweier sich in gegenseitiger Liebe zugethaner Personen in gemeinschaftlichen Testamenten nach Justinianischem Recht zulässig waren.

Natürlich hat jeder Testator volle Testirfreiheit, welche auch in Ermangelung entgegenstehender gesetzlicher Bestimmung bei dem gemeinschaftlichen lediglich wechselseitigen Testament anerkannt werden muss. Hieraus rechtfertigt sich der Schluss, dass nach Römischem Recht jeder Theil seine testamentarischen Verfügungen ohne jede Einwirkung auf das Testament des anderen noch lebenden Theils abändern oder widerrufen kann; nach dem Tode des einen Theils ist das Testament des andern Theils destitut, sodass eine Abänderung nicht in Frage kommen kann.

Correspective Testamente kannte das Römische Recht keinesfalls, es fehlt für sie nicht nur jedes directe Quellenzeugniss, sondern auch jede Analogie. Ebensowenig aber wird man annehmen dürfen, dass die Argumentationen aus dem Römischen Recht die Zulässig-

---

erst im Jahre 410 n. Chr. in der l. 2, Cod. Theod. 8, 17 aufhob, bei solchen aber, welche Kinder hatten, hinderte das Notherbrecht derselben die einfache gegenseitige Erbeseinsetzung.

[1]) Anderer Meinung: Hasse, S. 241—243; welcher den Grund der Nichtaufnahme in den Formvorschriften des Justinianischen Rechts, insbesondere in der Vorschrift der unitas actus erblickt, während Valentinian den nackten Willen als genügend angesehen habe; cfr. hierzu auch Hartmann, S. 102.

keit gemeinschaftlicher Testamente ergebe, in denen die Testatoren auf den Fall des Todes des Längstlebenden in verbundenen Worten Verfügungen zu Gunsten Dritter treffen.

Denn man muss festhalten, dass das Römische Testamentsrecht nur auf das einseitige Testament zugeschnitten war, und ein gemeinschaftliches Testament der vorgedachten Art würde eine Zwitternatur gehabt haben: auf der Seite des Ueberlebenden wäre es Testament geblieben, auf derjenigen des Erstverstorbenen würde es sich dagegen als Universalfideicommissanordnung dargestellt haben. Ein solches Testament würde übrigens auch stets ein correspectives gewesen sein.

Die vorgedachte Regel kann man vielleicht positiv so ausdrücken, dass man sagt: die Gültigkeit gemeinschaftlicher Testamente ist nach Römischem Recht nur insoweit anzuerkennen, als die Verfügungen derselben auch in getrennten Testamenten der mehreren Testatoren hätten getroffen werden können. Freilich stösst man selbst in dieser Beschränkung auf ein Bedenken.

Nach der lex Julia vicesimaria sollte die Eröffnung der Testamente vor der zuständigen Behörde binnen 5 Tagen nach dem Tode des Erblassers erfolgen.[1]) Dieser Vorschrift liess sich das gemeinschaftliche Testament, welches neben dem Erstverstorbenen oder mit Ausschluss desselben andere Personen zur Erbschaft des Ueberlebenden berief, also durch den Tod des Erstverstorbenen nicht destituirt wurde, nicht anpassen, denn mit dem Testament des Verstorbenen musste auch das uno actu errichtete Testament des Ueberlebenden eröffnet werden. Allein die Vorschrift der lex Julia hatte nur einen fiscalischen Zweck, die Erbschaftssteuer, im Auge und ihre Fristbestimmung ist wohl nur so aufzufassen, dass längstens binnen 5 Tagen die Eröffnung stattzufinden habe, eine frühere Eröffnung aber nicht schade. Aus diesem Grunde lässt sich zwar die Statthaftigkeit auch solcher Testamente, welche durch den Tod des einen Testators für den andern nicht destituirt wurden, nicht absolut leugnen, allein die Römer werden (das ist ebenso gewiss) diese Schlüsse schwerlich thatsächlich gezogen haben.

Als Resultat der vorstehenden Ausführungen ergiebt sich, um es zusammenzufassen, folgendes:[2])

---

[1]) Pauli sent. rec., 4, 6, § § 1—3 und Baron, § 406, I, S. 626.

[2]) Anderer Meinung: Zimmermann, § 2, S. 14. „Man kann wohl als entschieden annehmen, dass dem römischen Rechte . . . die gleichzeitig errichteten und wechselseitigen, sowie insbesondere die sogenannten correspectiven Testamente unbekannt waren, cfr. auch Hasse, S. 238—244.

1) das römische Recht kannte nur testamenta mere reciproca,[1][2])
2) das Verbot captatorischer letztwilliger Verfügungen steht einem solchen Testament nicht entgegen,[3])
3) testamenta mere simultanea und reciproca anderer als der unter Ziffer 1 erwähnten Art[4]) sind, soweit sie nicht correspective sind, aus dem römischen Recht zwar zu begründen,[5]) waren aber wohl unbekannt;
4) testamenta correspectiva und Testamente, in denen mehrere gemeinschaftliche Verfügungen zu Gunsten eines Dritten für den Fall des Todes des Zuletztsterbenden machen, sind nach römischem Recht unzulässig.

§ 4.

2. Beantwortung der Frage vom Standpunkt des älteren germanischen Rechts.

Hauptsächlich nach Beselers Vorgang nimmt man heutzutage wohl allgemein an, dass das altgermanische Recht überhaupt nur eine Intestaterbfolge kannte und dass Verfügungen, deren rechtliche Wirksamkeit erst mit dem Tode beabsichtigt war, von den Blutsfreunden nicht anerkannt zu werden brauchten.[6])

Wollte man im Gegensatz zu der Intestaterbfolge Dispositionen über den künftigen Nachlass treffen, so musste man daher einen Vertrag unter Lebenden schliessen, durch welchen sofort mittelst der Auflassung Vermögensrechte übertragen wurden. Dabei war es nicht nur zulässig, sondern allgemein üblich, Vorbehalte der mannigfachsten Art zu machen und sich insbesondere das Recht lebenslänglichen Niessbrauchs und des Widerrufs zu wahren, sodass wenigstens die Wahrscheinlichkeit nahe liegt, dass Vorbehalte der gedachten Art

---

[1]) Und zwar ohne Beschränkung auf Eheleute.

[2]) So auch Rosshirt, I, § 85, S. 450 fg., insbes. Anm. 2, welcher aber abweichend behauptet, es sei juristisch überhaupt nur Ein Testament vorhanden, da Zweck und Absicht der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nur das Bestehen des Einen der mehreren Testamente sei.

[3]) Ob dieses Verbot den corresp. Testamenten des heutigen Rechts entgegensteht, wird weiter unten (§ 6) untersucht werden.

[4]) cfr. oben im § 1.

[5]) cfr. auch Hartmann II, § 2, S. 105 oben.

[6]) cfr. z. B. Hartmann I, § 3, S. 20; Fischer, a. a. O., S. 62, denen in der Darstellung des § 4 im Wesentlichen gefolgt wird.

später subintelligirt wurden. Dabei verlangte man später nicht einmal mehr die Uebertragung der von Todeswegen vergabten Objecte bez. der ganzen Vermögen, so dass diese Vergabungen von Todeswegen im praktischen Resultate die Testamente ersetzten.

Als feststehende Thatsache ist auch das Vorkommen wechselseitiger Vergabungen von Todeswegen unter Eheleuten oder anderen sich nahestehenden Personen anzusehen; da diese Rechtsgeschäfte aber von den Testamenten nach ihrem inneren Wesen grundsätzlich verschieden waren, so kommen sie hier nicht weiter in Betracht.

Unter dem Einflusse des Römischen und Canonischen Rechts wurden allerdings in Deutschland vom 13. Jahrhundert an einseitige letztwillige Verfügungen mit Rechtswirkung nach dem Tode des Verfügenden anerkannt, welche sich aber von den römischen Testamenten sehr wesentlich dadurch unterschieden, dass ihnen die Erbeseinsetzung nicht essentiell war und dass die Nichtbeobachtung der römischrechtlichen Solennitäten ihrer Gültigkeit keinen Abbruch that.[1])

Allein dass derartige letztwillige Verfügungen von Ehegatten oder anderen Personen in älterer Zeit gemeinschaftlich errichtet worden seien, ist nirgends bezeugt. Man beriet sich zwar dafür auf das von dem Mönch Marculf 653 oder 660 n. Chr. für ein gemeinschaftliches Testament aufgestellte Formular,[2]) allein dasselbe beruhte aller Wahrscheinlichkeit nach auf der in § 3 erwähnten Testamentsnovelle der Kaiser Theodosius und Valentinian[3]) und ist etwa 600 Jahre älter als die durch dasselbe zu beweisende Thatsache.

Wohl aber finden sich bereits im späteren Mittelalter in Deutschland und Italien gegenseitige, wohl nicht unter den Begriff der Vergabungen vom Todeswegen fallende Verfügungen, welche sich unter dem Einfluss der Reception des Römischen Rechts in gemeinschaftliche Testamente einerseits und Erbverträge andererseits umbildeten.[4])

[1]) cfr. ausser den in Note 6, S. 21 Genannten besonders Pauli, S. 163—172.

[2]) z. B. Stryck, §§ VI und LXXIV; Glück, a. a. O. S. 59.

[3]) cfr. besonders Fischer, S. 61 und das daselbst in Note 23 citirte Werk von Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I, S. 251.

[4]) cfr. Beseler II, § 13, S. 328; Urtheil des Oberappellationsgerichts Rostock, vom 15. März 1867 in Seufferts Archiv XXV, No. 140; Fischer, S. 65, bes. Note 26 das.; Heusler I, S. 430; Hartmann II, § 3, S. 109.

3. Beantwortung der Frage vom Standpunkt des heutigen Rechts.

§ 5.

Im Allgemeinen.

Darüber, dass gemeinschaftliche Testamente ein Institut des heutigen Rechts in Deutschland sind, herrscht wohl kein Streit; umsomehr aber gehen die Ansichten über den Umfang auseinander, welchen dieses Institut beanspruchen kann.

Die Postglossatoren[1]) erkannten in ihren Schriften gemeinschaftliche Testamente an und dies war der Ausgangspunkt für die Theoretiker und Praktiker des 16. Jahrhunderts,[2]) ohne alle Beschränkungen für die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente einzutreten. Die Gesetzgebung, allen voran das Hamburger Stadtrecht von 1497,[3]) und die Wormser Reformation von 1498,[4]) schloss sich dieser Auffassung an,[5]) so dass schon seit Jahrhunderten die gemeinschaftlichen Testamente, besonders unter Ehegatten, allgemein üblich wurden.

Ja, das Gewohnheitsrecht und Gesetz verlangten sogar vielfach von Eheleuten, dass der eine Ehegatte nicht ohne Wissen des anderen testire.[6])

Wie sich bei dieser Einmüthigkeit von Gesetzgebung, Theorie und Praxis über den Umfang der Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente Streit erheben konnte, ist schwer verständlich, im Ganzen wurden vier Ansichten aufgestellt:

a) Gemeinschaftliche Testamente seien ohne alle Einschränkungen zulässig;

b) sie seien nur gültig als wechselseitige Testamente;[7])

---

[1]) Oldradus de Ponte (citirt von Hartmann II, § 3, S. 110 und Note 1 daselbst und Fischer, S. 87) und die bei Hartmann a. a. O. in Note 2 Genannten: Bartolus, Baldus, Salicetus, Paulus Castrensis, Alexander Tartagnus, Jason de Mayno.

[2]) Z. B. Noe Meurer, Ulrich Zasius, J. Fichard, J. Mynsinger, Andreas Gail u. A. (citirt bei Hartmann I, § 3, S. 110.)

[3]) cfr. Hartmann II, § 3, S. 111, Note 1.

[4]) cfr. Hartmann II, § 3, S. 111, Note 2.

[5]) cfr. Hartmann II, § 3, S. 111, Note 3.

[6]) cfr. Würtemberger Landrecht von 1567, T. III, S. 262; Badisches Landrecht von 1622, T. V, tit. 3, i. f.; Lippische Verordnung von 1786, § 8. (zitirt bei Hartmann II, § 3, S. 109, Note 3 und 4.)

[7]) cfr Puchta, Vorles. § 481, S. 386; Sintenis § 178 und Note 1, S. 446, 447 u. A.

c) oder nur unter Ehegatten,[1]) oder

d) endlich nur wenn sie wechselseitige unter Ehegatten seien.

Allerdings haben die zur Entscheidung gelangten praktischen Fälle in der Regel gegenseitige Testamente von Ehegatten zum Gegenstand und es kann nicht bezweifelt werden, dass dies der üblichste Fall gemeinschaftlicher Testamente ist, allein es ist bereits in § 3 betont worden, dass schon das römische Recht die Zulässigkeit der Errichtung gemeinschaftlicher Testamente wohl nicht auf Ehegatten beschränken wollte, ferner dass wenigstens die Möglichkeit der Errichtung anderer gemeinschaftlicher Testamente als wechselseitiger, der sogenannten testamenta mere simultanea, nach römischem Recht nicht von der Hand zu weisen ist, so dass die unter b bis d gemachten Einschränkungen für das heutige Recht umsoweniger haltbar sind, als Theorie und Praxis sich früher einstimmig, heute mit grosser Majorität gegen diese Einschränkungen erklären.

Mag dem einen Testator anstatt einer Erbportion, welche übrigens bei dem wechselseitigen Testament doch verschwindend klein sein kann, auch nur ein Niessbrauch oder anderes Legat zugewendet sein, oder mag ihm nichts aus dem gemeinschaftlichen Testament zufallen, so kann dies der Gültigkeit des Testaments keinen Eintrag thun. Das punctum saliens ist die Vorschrift der unitas actus und das Verbot captatorischer Verfügungen und es ist klar, dass erstere den testamenta mere simultanea und den nur theilweise reciproken Testamenten ebensowenig im Wege stehen kann, wie den testamenta mere reciproca.

Was aber das letztgedachte Verbot anlangt, so kann dies noch weniger in Betracht kommen, wenn die mehreren Testatoren sich gegenseitig gar nicht bedenken.[2])

Dabei darf man aber nicht übersehen, dass das Institut der gemeinschaftlichen Testamente, wenn es auch einerseits auf dem römischen Recht wenigstens, nach der hier vertretenen Ansicht, theilweise fusst, doch andererseits erst im Deutschen Rechte zu weiterer Ausbildung und allgemeiner Uebung gelangte und dass dasselbe sich insbesondere auch aus den deutschrechtlichen Vergabungen von Todeswegen, wenn auch unter dem Einfluss des römischen Testamentsrechts,

[1]) cfr. für das österr. Recht: Unger, § 21, S. 97.

[2]) cfr. zu Vorstehendem besonders Hartmann II, § 3, S. 111—115; Fischer, S. 72, 73. Der hier vertretenen Meinung sind u. A.: Windscheid, § 568 und Note 2, S. 111, 112; Arndts, § 500, Anm. 1, S. 809, 810; Heinzerling, § 2, S. 256—258.

entwickelte; es sind also in ihm römisch und deutschrechtliche Elemente vereint und haben es zu einem eigenthümlichen Sonderinstitut gemacht, auf welches speciell die römischen Testamentsvorschriften nicht durchweg Anwendung finden können.

Deutschrechtlich ist besonders das Vertragselement, welches den gemeinschaftlichen Testamenten innewohnt, und aus ihm ergaben sich eine Reihe ganz spezifischer Folgen, welche nie auf Grund des reinen römischen Rechts gerechtfertigt sein würden.[1])

Eine besonders wichtige Consequenz dieses Vertragselements offenbart sich in den correspectiven Testamenten und speciell in der besonders unter Ehegatten gebräuchlichen Form, gemeinschaftlich über die Gesammtheit des beiderseitigen Nachlasses für die Zeit nach dem Tode des zuletzt versterbenden Theils testamentarisch zu verfügen.[2])

Beide Arten des gemeinschaftlichen Testaments mussten, wie in § 3 zu beweisen versucht wurde, dem römischen Recht unbekannt sein. Denn letztere Art desselben verstösst gegen den nur aus besonderen Gründen bei der Pupillarsubstitution durchbrochenen Grundsatz, dass jeder nur für sich testiren kann und wo keine Gütergemeinschaft herrscht oder eine Vereinigung der beiderseitigen Vermögen nicht durch Rechtsact erfolgte, kann daher auch kein Ehegatte über das gesammte Vermögen beider Ehegatten letztwillig verfügen.

Dass derartige Testamente, in denen über den beiderseitigen Nachlass der Testatoren zu gegenseitigen Gunsten und nach dem Tode des Ueberlebenden zu Gunsten Dritter verfügt wird, in mannigfachen Formen heutzutage berechtigt sind, darüber ist Theorie und Praxis wohl einig, und die Entscheidungen der Obergerichte weisen zahlreiche Fälle derselben auf. Sind sie nicht correspectiv, so interessiren sie hier nicht weiter; sind sie es jedoch, was die Regel bildet, so bieten sie keine Besonderheit, sondern unterliegen denselben Grundsätzen wie sämmtliche correspectiven Testamente.

§ 6.

Speciell von den correspectiven Testamenten.

1. Es ist bereits in § 3 und 5 darauf hingewiesen worden, dass das römische Recht correspective Testamente nicht kannte; ebenso

[1]) Es muss entschieden als irrig bezeichnet werden, wenn selbst hervorragende Romanisten unter Verkennung dieses Standpunkts alle Folgerungen aus dem römischen Rechte ziehen wollen. Ist der Vordersatz falsch, so müssen natürlich die darauf gestützten Schlüsse dies ebenfalls sein.

[2]) cfr. oben in § 1 unter e. und § 3 i. f.

zweifellos sind sie aber ein Institut des heutigen deutschen Rechts und die weitaus meisten gemeinschaftlichen, gegenseitigen Testamente sind als correspective aufzufassen, d. h. als solche, bei denen die Intentionen der Testatoren darauf gehen, dass die mehreren Testamente in gegenseitiger Abhängigkeit stehen sollen,[1]) dass also das eine mit dem anderen steht und fällt.

Geht man von der bei allen gemeinschaftlichen gegenseitigen Testamenten schon nach römischem Recht nicht zu leugnenden gegenseitigen Beredung aus, welche diesem Testament vorausgeht und zu Grunde liegen muss,[2]) so widerspricht es direkt dem Wesen des Testaments, wenn man aus dieser Vereinbarung eine obligatorische Gebundenheit des einen oder beider Theile herleiten wollte.[3])

Anders liegen aber doch, wenigstens in gewisser Beziehung, die rechtlichen Verhältnisse im deutschen Recht. Freilich kann auch hier nicht etwa vertragsmässig auf das Recht des Widerrufs verzichtet werden, dadurch würde entweder das Testament zum Erbvertrag werden[4]) oder der erklärte Verzicht würde rechtsunwirksam sein und trotz seiner das gegenseitige Testament von jedem Theile beliebig widerrufen oder abgeändert werden können.[5])

Beide Ansichten lassen sich recht wohl miteinander verbinden, entscheidend ist wesentlich die allerdings nicht immer leicht zu eruirende Absicht der mehreren Testatoren, ob sie ein Testament oder einen Erbvertrag schliessen wollten: ersterenfalls würde ein Verzicht auf das Widerrufsrecht unwirksam sein, da er dem innersten Wesen des Testaments widerspricht, letzterenfalls aber würde in der selbstverständlichen Gebundenheit der Contrahenten durch den Erbvertrag schon der Verzicht auf den einseitigen Widerruf liegen, also nicht noch besonders erklärt zu werden brauchen, eine besondere Erwähnung dieser unwiderruflichen Gebundenheit vielmehr nur den Sinn haben, dass die Contrahenten, wenn auch überflüssiger Weise, erklären wollten, dass sie sich ein einseitiges Rücktrittsrecht vom Vertrage nicht vorbehielten. Die Testamentsform schadet der Gültigkeit des Erbvertrags dabei nicht, wohl aber kann bei fehlender Testamentsform stets nur ein Erbvertrag angenommen werden.

---

[1]) cfr. oben § 1. Ziff. 3.

[2]) cfr. oben § 3.

[3]) Ueber die abweichenden Ansichten § 7.

[4]) cfr. z. B. Windscheid, § 568 S. 112 und § 564 und Note 5 S. 101; Heinzerling, § 4 S. 259/60; Mittermaier, § 410 S. 691 und Andere.

[5]) cfr. z. B. Puchta, Vorles. § 481 S. 386/387.

Dagegen kann unzweifelhaft ohne Verzicht auf das Widerrufsrecht eine Erklärung der mehreren Testatoren in der Richtung abgegeben werden, dass ihr gemeinschaftliches Testament in allen seinen Theilen von einander abhängig sein solle; häufiger aber ist fast noch die stillschweigende Correspectivität. Auch kann man sie wohl in rechtsnothwendige und gewillkürte eintheilen, je nachdem sie darauf beruht, dass die mehreren letztwilligen Verfügungen sich auf das eine einzige Masse bildende oder als solche angenommene Gesammtvermögen beider Testatoren beziehen (welchenfalls gewöhnlich zusammenfassende Wortverbindungen gebraucht werden) oder die Correspectivität ihren Grund lediglich in dem erkennbaren Willen der Testatoren hat.

2. Besonders strittig ist, ob im Zweifel gemeinschaftliche Testamente stets als correspective angesehen werden müssen.

Die herrschende Meinung bejaht dies:

a) für wechselseitige Testamente überhaupt,[1]) oder
b) für die wechselseitigen Testamente der Ehegatten,[2]) oder
c) wenigstens für diejenigen wechselseitigen Testamente, in welchen zugleich über das gemeinschaftliche Vermögen für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden Verfügungen getroffen sind.[3])

Allein es möchte, was schon oft betont wurde, gar kein Grund vorliegen, gerade die wechselseitigen Testamente der Ehegatten hervorzuheben, da andere Personen sich eben so sehr nahe stehen können, z. B. Brautleute, Freunde oder Geschwister, und nicht einzusehen ist, warum die aufgestellte Präsumtion nicht auch bei diesen gelten soll; aber auch die unter a und c benannten Arten gemeinschaftlicher Testamente möchten nicht eine Präsumtion begründen, richtiger es dagegen sein, die Frage, ob Correspectivität vorliege, in jedem einzelnen Falle aus den Intentionen der Erblasser zu beantworten,[4]) wenn auch nicht zu bestreiten ist, dass die Wahr-

---

[1]) cfr. z. B. Glück, a. a. O. S. 62—64; Puchta, Pand. § 481, S. 646; Sintenis, § 178, Anm. 4, S. 449; Griesinger, V. Bd., III. Theil, VII. Titel § 54, S. 195.

[2]) cfr. z. B. Hasse, S. 269; Heimbach, Bd X, S. 891 ff.; Glück, a. a. O. XXXV, S. 64 f.; Griesinger, V. Bd. III. Theil, VII. Tit., § 54, S. 195.

[3]) Seuff. Arch. IV. 63, S. 115.

[4]) cfr. Heinzerling, § 5, S. 269; Arndts, § 500, S. 809; Seuff. Arch. XIX, No. 164, S. 260—262; so auch im Wesentlichen Göz im Arch. f. d. civ. Praxis LIV, S. 157 und Stobbe, Deutsches Privatrecht V, § 307 (citirt bei Fischer S. 75, woselbst auch die Ansichten der Anhänger der Präsumtionstheorie

scheinlichkeit bei den vorgedachten drei Arten wechselseitiger Testamente für die Correspectivität spricht, so dass im praktischen Resultate allerdings, vorbehaltlich eines anderweiten Interpretationsergebnisses, die Vermuthung für die gegenseitige Abhängigkeit streitet. Insbesondere, wenn Ehegatten über ihr gütergemeinschaftliches Vermögen zu Gunsten dritter Personen testiren, ist nicht nur eine Präsumtion für die Correspectivität begründet, sondern die beiderseitigen übereinstimmenden Verfügungen auf den Todesfall des Ueberlebenden stehen und fallen mit Rechtsnothwendigkeit mit einander. Und zu demselben Resultat gelangt man, wenn durch besonderen Rechtsact eine Vereinigung der Vermögensmassen der mehreren, (nicht nothwendig durch das Band der Ehe sich nahestehenden) Testatoren erfolgte und diese darüber gemeinschaftlich zu Gunsten Dritter für die Zeit des Todes des am längsten lebenden Mittestators verfügen.

Schon dieser Umstand möchte die aufgestellte Ansicht begründen, dass nicht in einzelnen besonderen Fällen eine Präsumtion für die Correspectivität behauptet werden kann: unterstützt wird dieselbe auch noch dadurch, dass zweifelsohne Fälle möglich sind, in denen die Intentionen der Testatoren auch bei testamenta mere simultanea dahin ging, dass die völlig selbständigen letztwilligen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments in gegenseitiger Abhängigkeit stehen sollten.

Ja man kann noch weiter gehen und auch nur eine theilweise Correspectivität der mehreren Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments für möglich halten und zu deren Beweis ist immer ein tieferes Eingehen auf die Intentionen der Testatoren nothwendig, als es eine Präsumtion zu bieten vermag.[1]) Man denke sich z. B. den Fall, dass zwei Freunde sich gegenseitig zu Dreiviertel ihrer Vermögen zu Erben einsetzen, jeder Theil aber über das letzte Viertel seines Vermögens zu Gunsten eines anderen dem Gegentheil unbekannten Dritten verfügten: wird man hier nicht als die Intention der testirenden Freunde annehmen dürfen, dass die Correspectivität sich nur auf die beiderseitigen Dreiviertel ihrer Vermögen erstrecken sollte?!

aufgeführt sind: Mühlenbruch, Glück, Windscheid, Dernburg). Brinz, § 370, S. 66 erklärt sogar, Correspectivität sei dem gemeinschaftlichen Testamente so wesentlich, als die Gegenseitigkeit; er sieht in der Correspectivität ein Essentiale, Puchta, Sintenis, Windscheid ein Naturale und Hartmann und Arndts ein Accidentale gegenseitiger Testamente.

[1]) Anderer Meinung: Heinzerling, a. a. O. S. 264/265.

Eine zu der hier vertretenen und der oben citirten herrschenden Ansicht diametral entgegengesetzte vertritt Hartmann.[1]) Derselbe geht von seinem Standpunkt, dass allein römisches Recht zur Richtschnur zu dienen habe, aus, wenn er behauptet, die Bedingung, dass jede Erbeseinsetzung von dem Bestande der anderen abhängig sei, mache im Hinblick auf das Verbot captatorischer Verfügungen jede von ihnen ungültig. Allein selbst wenn der Vordersatz richtig wäre, dass nämlich reines römisches Recht in Betracht zu kommen habe, so würde sich der Folgesatz immer noch nicht rechtfertigen, da sich die ratio legis des Verbotes captatorischer Verfügungen gegen Erbschleichereien richtete oder doch gegen den Versuch mit seinen letztwilligen Verfügungen ein Geschäft zu machen.[2])

Davon kann aber hier keine Rede sein, wo zwei Personen sich gegenseitig oder wechselseitig Dritte gleichzeitig bedenken. Auch ist doch bei dem gemeinschaftlichen Testament nach Valentinians Ansicht der duorum similis affectus et simplex religio testamenta condentium die Triebfeder und nicht das Haschen nach Gewinn. Und gewiss wird man auch hier von der Valentinianischen Testaments-Novelle sagen können, was Hartmann, selbst im Hinblick auf die Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente nach römischem Recht sagt, man werde ihr den Werth einer äusseren Autorität nicht absprechen können, auch wenn sie wegen ihrer Nichtaufnahme in Justinians Compilation nicht beweiskräftig sei.[3])

Die negative Seite von Hartmann's Theorie besteht darin, dass er behauptet, sei die Gültigkeit des einen Testaments nicht durch diejenige des anderen bedingt, so könne auch der Wegfall des einen auf das andere keine Wirkung ausüben.

Ebenfalls der herrschenden Ansicht entgegengesetzt, sind die Ausführungen André's.[4])

Vertrag und Bedingung, welche die Testirfreiheit beschränkten, schreibt André, seien ungültig. Wenn daher Jemand seinem Testa-

[1]) S. 128 fg. und zwar nach dem Vorgang von Faber, P. III, dec. 52, err. 6 und Cod. Sabaud lib. 6, tit. 5 das. 18 und 22, quae sane alia etiam ratione videntur nullius esse momenti, quod sint captatoria; cfr. auch Zimmermann, S. 24, für das rein römische Recht; gegen Faber cfr.: Harpprecht disp. XXXIX, § XXV, No. 266—274, welcher die gegentheiligen Ansichten citirt und sich ihnen anschliesst; und Leyser, Specimen 375, § 18, S. 178, 179 und Specimen 376, § 10, S. 200.

[2]) cfr. Windscheid, § 568, Note 5, S. 113; auch Hasse, a. a. O, S. 242.

[3]) cfr. Hartmann II, § 2, S. 103 und oben in § 3.

[4]) André, § 2, S. 24, 25.

mente die Bedingung einrücke, es solle nur gelten, falls der eingesetzte Erbe sein Testament nicht ändere, so könne dies als Bedingung keine Gültigkeit haben, dieselbe sei vielmehr pro non scripta zu betrachten, sofern sie nicht als Fideicommiss zu interpretiren sei. Hieraus folge, dass ein testamentum reciprocum nach römischem Recht nie in der Weise correspectiv sein könne, dass, wenn während des Lebens beider Testirer das eine Testament geändert werde, das andere dadurch aufgehoben werde. Eine solche Bedingung bei einem jeden der beiden Testamente zu subintellegiren, sei vollends unzulässig.

Es liesse sich sogar darüber streiten, ob eine Disposition dieser Art nicht captatorisch sei. Denn wenngleich eine conditio in praeteritum collata die Verfügung nicht captatorisch mache, so sei doch die Bedingung, das errichtete Testament nicht zu ändern, eine conditio in futurum collata und ihrem Wesen nach captatorisch. Indessen möge man hiervon absehen, weil keine ausdrückliche Bestimmung darüber vorhanden sei und sich gegen die Anwendung der Bestimmungen über captatorische Verfügungen auf das testamentum reciprocum Manches sagen lasse. Dagegen sei die Bedingung als ungültig zu streichen und deshalb sei es nach römischem Rechte unmöglich, dass für die Lebenszeit beider Testirer ein testamentum reciprocum correspectiv sei. Nach dem Tode des einen Testirers könne ebensowenig die dem Erben gemachte Bedingung, sein Testament nicht zu ändern, als Bedingung gültig sein; ausserdem als Resolutiv-Bedingung nicht, weil solche bei keiner Erbeseinsetzung vorkommen dürfe, sondern, wenn sie vorkomme, gestrichen werde. Die ausführlich mitgetheilten Deductionen André's möchten zwar vom römischen Standpunkte aus unanfechtbar sein und sprechen jedenfalls mehr an, als die kurz vorher erwähnte Ansicht Hartmanns; indessen auch gegen André muss darauf hingewiesen werden, dass eben reines römisches Recht nicht auf ein Institut angewendet werden kann, welches wesentlich deutschrechtlichen Ursprunges ist.

3. Wie aber sind correspective Testamente juristisch zu construiren?

Bei der Erwähnung der Ansichten Hartmann's und André's ist schon gezeigt, dass beide die Correspectivität nur mit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung begründen zu können glauben. Da Beide aber in Bezug auf die correspectiven Testamente zu eigenthümlichen Consequenzen gelangen, so kommen sie für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage hier nicht weiter in Betracht.

Theorie und Praxis haben im Uebrigen drei Wege eingeschlagen, um eine juristische Construction der correspectiven Testamente zu gewinnen. Man stützte sich:

a) auf eine Bedingung,

b) auf eine Voraussetzung und

c) auf den consensus der mehreren Testatoren.

Es ist zwar klar, dass die vorgedachten Constructionsmittel sich nicht gegenseitig ausschliessen, allein davon mag abgesehen und in Nachstehendem versucht werden, durch Wiedergabe der Deductionen einiger Rechtsgelehrter deren Gedankengang möglichst präcis klarzulegen.

Thibaut[1]) schreibt: „Da bei correspectiven Testamenten eine Bedingung stattfindet . . . .“

Zimmermann:[2]) „Die Giltigkeit und Wirksamkeit der Bestimmungen des einen Testators soll dadurch bedingt sein, dass die Verfügungen des Mittestators bestehen bleiben.“

Aehnlich Göz:[3]) „Die gegenseitige Bedingtheit ist von den Testatoren selbst zwar nicht expressis verbis, aber doch implicite ausgedrückt: es handelt sich hier nicht um eine condicio, quae praesumitur, sondern um eine condicio, quae tacite inest“ — „aus dem Begriff der Correspectivität ergiebt sich . . . . .„ dass die einzelnen in jedem Testament enthaltenen Verfügungen an die Suspensivbedindung geknüpft sind, „wenn der andere Theil seine volle Wirkung äussert.“[4])

Heinzerling[5]) wirft die verschiedenen, wenn auch verwandten Begriffe Bedingung und Voraussetzung zusammen und argumentirt folgendermassen: „Die Zuwendung des einen an den anderen giebt die Ursache für letzteren ab, gerade so, wie geschehen, jenem Vortheile zuzuwenden und umgekehrt. Diese Ursache kann lediglich als Motiv gedacht werden, ... es lässt sich

---

[1]) Pandekten, 8. Aufl., § 955 (citirt von Hartmann II, § 5, Note 1, S. 129).

[2]) § 2, S. 14.

[3]) S. 157 und 174.

[4]) Auch ein übrigens von Hartmanns Abhandlung beeinflusstes Urtheil des Oberappellationsgerichts Oldenburg vom 7. Mai 1864 in Sachen Abrahams ctr. Jabben steht auf dem vorgedachten Standpunkt, wenn es ausführt, die Gültigkeit ihrer (der Ehefrau) Disposition zu seinen (des Ehemannes) Gunsten solle eine Bedingung sein für die Gültigkeit seiner Disposition zu ihren Gunsten: denn Bedingung sei eben die einzige Rechtsform, in der solcher Wille realisirt werden könne. (Seuff. Arch., Bd. XIX, No. 164, S. 262.)

[5]) S. 262 und Note 32, S. 262 und 263.

aber der fragliche Gedanke dergestalt gesteigert annehmen, dass jeder der Testatoren seine Zuwendung an den anderen nur unter der bestimmten Voraussetzung und Bedingung macht, dass dieser auch die Zuwendung an ihn bestehen lasse, und dass, wenn die betreffende Zuwendung des anderen wegfalle, er, der andere Testator, es ohne Weiteres so angesehen wissen wolle, als sei sein Testament gar nicht errichtet bezw. die Zuwendung an den anderen gar nicht erfolgt. In dem letzteren Falle, wo also das eine die Zuwendung enthaltende Testament unter der Voraussetzung errichtet ist, dass die im anderen Testament verfügte Zuwendung bestehen bleibt und umgekehrt, gegenfalls die eine Zuwendung mit der anderen fallen solle, spricht man von correspectiven Testamenten." — „Technisch ausgedrückt setzen sich die Testatoren unter der Resolutivbedingung ein, dass der Gegentestator die zu Gunsten des anderen Testators getroffene Einsetzung nicht zurücknehme."

Von dem Constructionsmittel der Bedingung sagt sich Windscheid[1]) los und erklärt: „Die juristische Categorie . . . . ist nicht . . . . die Categorie der Bedingung, weder die der aufschiebenden, noch die der auflösenden Bedingung, sondern die Categorie der Voraussetzung; jedes Testament ist unter der Voraussetzung errichtet, dass das andere Testament seinen Bestand behalte oder wenn es ihn verloren habe, wiedergewinne."

Brinz[2]) geht offenbar viel tiefer auf das Wesen des Rechtsverhältnisses bei correspectiven Testamenten ein, wenn er sagt, die gegenseitige Erbeseinsetzung sei zwar kein bindender Vertrag, aber sie beruhe doch auf Uebereinkunft; ihr einseitiger Widerruf müsse gleich dem der Societät, als Bruch und Auflösung der Gemeinschaft in allen ihren Folgen, betrachtet werden.

Es ist bereits wiederholt[3]) darauf hingewiesen, dass ein gemeinschaftliches Testament stets auf einer Vereinbarung der mehreren Testatoren beruhen muss. Wie kämen sie sonst auch dazu, gemeinschaftlich oder gar wechselseitig zu testiren? Allein diese Vereinbarung musste nothwendig im römischen Recht eine andere Bedeutung haben, als heute.

Dort war sie dem strengen Testamentsrecht gegenüber, welches nur auf einseitige letztwillige Dispositionen zugeschnitten war, ein

[1]) § 568, Note 5, S. 113.
[2]) § 370, S. 66.
[3]) Zu Beginn dieses § und oben § 3.

Moment, welches bei der Beurtheilung der gemeinschaftlichen Testamente gar nicht in Betracht kam; die einzelnen Dispositionen waren nothwendig von einander unabhängig und deshalb konnte es (was allerdings nur ein anderer Ausdruck für dieselbe Sache ist) keine correspectiven Testamente geben. Hätten die mehreren Testatoren aber auch ausdrücklich vereinbart oder nur stillschweigend gewollt, dass der Rechtsbestand des einen Testaments Bedingung oder Voraussetzung für denjenigen des anderen sein solle, so würde doch jeder Theil gültig und ohne irgend welche Rechtswirkung für die Gültigkeit des anderen Testaments das seine haben abändern oder widerrufen können; der andere Theil hätte dagegen nur thun können, was er so wie so konnte: nämlich auch das seine abändern bezw. widerrufen.[1]) Und auf dieses Widerrufsrecht konnte weder einseitig, noch vertragsmässig verzichtet werden.[2]) da dies dem obersten Grundsatz von der Testirfreiheit widersprach.

Dazu kommt noch, dass Resolutivbedingungen bei Erbeseinsetzungen gänzlich unzulässig sind und, wenn sie doch hinzugefügt wurden, gestrichen werden; war die Erbschaft auf Grund einer resolutiv bedingten Erbeseinsetzung bereits erworben, so hörte der Erbe nach dem Grundsatz semel heres, semper heres nicht auf, Erbe zu sein.[3]) Und Suspensivbedingungen sind zwar erlaubt, müssen aber so erklärt sein, dass kein Zweifel bestehen kann, dass die Erbeseinsetzung von ihnen abhängig sein soll.[4])

Diesem Erforderniss würden aber nach römischem Recht correspective Testamente (wenn es solche gegeben hätte) dann gewiss nicht entsprochen haben, wenn die Correspectivität nicht ausdrücklich erklärt war, sondern nur aus den Umständen geschlossen oder anderweit bewiesen wurde.

Wenn Göz[5]) dieser Schwierigkeit dadurch auszuweichen sucht, dass er sagt, die gegenseitige Bedingung werde nicht willkürlich subin-

---

[1]) Auf die für das römische Recht sich hieraus ergebenden Consequenzen wird in § 7, S. 38 und § 8, Ziff. 1, S. 48 und Ziff. 2, S. 52 zurückgekommen werden.

[2]) cfr. oben im Beginn dieses Paragraphen, aber auch § 7 bei Erwähnung der Ansicht Pecks.

[3]) Auf die Behauptung Windscheids § 554, Ziff. 4 und Note 19, S. 77, dass, wenn darüber kein Zweifel ist, an wen nach dem Willen des Erblassers mit Eintritt der Resolutivbedingung die Erbschaft fallen soll, der Eingesetze diesem die Erbschaft als Erbschaftsvermächtniss herausgeben muss, soll hier nicht weiter eingegangen werden, dazu findet sich im § 8, S. 48, 49 passendere Gelegenheit.

[4]) cfr. auch Hartmann II, § 5 und Note 5, S. 134.

[5]) a. a. O. S. 157.

tellegirt, nicht aus dem vermutheten Willen der Testatoren supplirt, nicht präsumirt, sondern sei eine condicio, quae tacite inest, so läuft dies auf die Behauptung einer condicio juris hinaus, welche zweifellos nicht existirt. Wenn er aber hinzufügt, die Correspectivität sei unter gewissen von ihm näher bezeichneten Umständen regelmässig anzunehmen, so behauptet er implicite doch nur, was er ausdrücklich bestreitet, dass nämlich jene Suspensivbedingung „anzunehmen" ist.

Würde aber die gegenseitige Abhängigkeit der in einem gemeinschaftlichen Testament vereinten mehreren letztwilligen Dispositionen ausdrücklich erklärt worden sein, so würde die darin gefundene Bedingung dem Grundsatz völliger Testirfreiheit zuwiderlaufen und die Suspensivbedingung damit zu einer rechtlich unmöglichen werden. Solche Bedingungen aber werden nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen bei der Erbeseinsetzung gestrichen.[1])

Voraussetzungen aber sind unentwickelte Bedingungen, gegen deren Annahme man vom römischen Standpunkt sich wohl noch mehr verwahren muss, als gegen diejenige eigentlicher Bedingungen. Windscheid[2]) lehrt, dass an und für sich rechtlich unerhebliche Motiv der Erbeseinsetzung werde zur Voraussetzung erhoben, wenn es sicher sei, dass ohne den Irrthum im Beweggrund die Erbeseinsetzung nicht würde gemacht worden sein. Zwar sei letztere immer noch nicht nichtig, wohl aber könnte sie von demjenigen angefochten werden, welcher ohne die Erbeseinsetzung die Erbschaft erhalten haben würde. Damit entgeht er zwar den schwer wiegenden Bedenken, welche der Annahme einer Suspensivbedingung nach den vorstehenden Ausführungen im römischen Recht entgegenstehen, geht aber völlig von dem Begriff der Correspectivität ab. Dieser Ausdruck ist nicht quellenmässig, man versteht aber ganz allgemein darunter, dass die mehreren Testamente in gegenseitiger Abhängigkeit stehen sollen[3]) und dass also das eine mit dem anderen steht und fällt.[4]) Nach Windscheids Theorie bleibt aber das eine Testament in voller Wirksamkeit, wenn das andere fortfällt und soll nur widerrufen werden dürfen. Nicht nur dass damit der Correspectivität ein ganz anderer Sinn und Inhalt gegeben wird, so steht doch jedem Testator so wie so das Widerrufsrecht zu, so dass mit Wind-

[1]) so ja auch in der That André: cfr. oben § 6, Ziff. 2 am Ende.
[2]) a. a. O. § 548, Ziff. 2, S. 54 und 55.
[3]) cfr. oben § 1, Ziff. 3, und Windscheid selbst § 568, S. 112.
[4]) cfr. oben § 6 im Anfang.

scheids Argumentation gar nichts gewonnen ist. Dies erkennt der genannte Gelehrte auch an, sucht aber seine Theorie dadurch zu retten, dass er sagt, das Widerrufsrecht gestalte sich zu einem besonderen Recht in der Person desjenigen,[1]) welcher in Ermangelung des auf irriger Voraussetzung beruhenden Testaments sein Erbe gewesen sein würde und welcher nun behaupten könne, dass der Eingesetzte die Erbschaft ohne den eigentlichen Willen des Erblassers, also in ungerechtfertigter Weise (sine causa) habe.

Eine Bedingung lässt sich aber auch für das römische Recht nur auf die Willensübereinstimmung der mehreren Testatoren stützen, dass die mehreren in einem gemeinschaftlichen Testament niedergelegten letztwilligen Dispositionen in gegenseitiger Abhängigkeit stehen sollen und deshalb ist die letzte Grundlage aller correspectiven Testamente eben der Consens.

Noch mehr ist dies aber für das heutige Recht der Fall. Schon mehrfach[2]) wurde betont, dass den jetzigen gemeinschaftlichen, insbesondere den correspectiven Testamenten ein Vertragselement innewohnt, welches Wirkungen äussert, welche dem römischen Recht unbekannt waren und vom Standpunkt des einseitigen römischen Testamentsrechts unbekannt sein mussten. Und zu diesen Wirkungen gehört in erster Linie die unter Wahrung der Testirfreiheit[3]) begründete stillschweigende oder ausdrückliche Abhängigkeit des einen Testaments von dem andern mit jenem gemeinschaftlichen.

Diese Willensübereinstimmung muss aber nothwendig eine wechselseitig erkennbare sein und es kann unmöglich zugegeben werden, dass die blosse Voraussetzung des einen Testators, dass der andere seine Verfügungen nicht abändern oder vielmehr widerrufen werde, genüge, um dritten Personen ein Anfechtungsrecht zu gewähren; ebensowenig aber kann man mit Brinz[4]) die gegenseitige correspective Erbeseinsetzung mit der Societät auf dieselbe Stufe stellen und dem Widerruf des Testaments Seitens des einen Testators dieselben Wirkungen beimessen, wie dem Bruch und der Auflösung der Gesellschaft. Vielmehr möchte das Vertragselement der correspectiven Testamente nur insoweit von Einfluss auf den Bestand

[1]) Windscheid, § 568, Note 4, S. 113, dagegen aber Brinz, a. a. O, § 370, Note 23, S. 66.

[2]) § 4 am Ende, § 5 in medio, § 6 im Anfang.

[3]) Aber nur so lange beide Theile leben: darüber unten.

[4]) a. a. O., § 570 und Note 23, S. 66 und oben in § 6.

derselben sein, als es die gegenseitige suspensive Bedingtheit derselben durcheinander ermöglicht.

Was also nach römischem Recht nicht mit Consens oder Bedingung construirbar ist, ist es gleichwohl nach heutigem Recht, da sich die römischen Begriffe vom einseitigen Testament nicht auf das correspective Testament übertragen lassen.

Auf der Verkennung dieses überaus wichtigen Grundsatzes beruht offenbar die Unhaltbarkeit der meisten bisherigen Constructionsversuche.

Man braucht noch nicht zu fürchten, dass mit der Anerkennung dieses speciell für die correspectiven Testamente so wichtigen Vertragselements die Grenze zwischen Testament und Erbvertrag gänzlich verwischt wird. Letzterer ist stets einseitig unwiderruflich, es sei denn, dass sich die Contrahenten ein einseitiges Widerrufsrecht vertragsweise vorbehielten; ersteres muss hingegen stets widerruflich sein;[1]) haben aber die Contrahenten bei einem Erbvertrag sich das Widerrufsrecht vorbehalten, so wird der Erbvertrag noch nicht nothwendiger Weise zum Testament, insbesondere dann nicht, wenn die Testamentsform nicht gewahrt ist: ist aber auch letztere gewahrt, so kann nur aus den Intentionen der Verfügenden die Frage, ob Erbvertrag oder Testament vorliegt, entschieden werden, zumal da Verträge zu Gunsten Dritter mit directer Wirkung für diese heute im weiteren Umfange anerkannt sind, als im römischen Recht.

Als Resultat dieses Paragraphen mag folgendes als festgestellt angesehen werden:

1) auf das Widerrufsrecht kann vertragsmässig nicht verzichtet werden.
2) Die Correspectivität ist, soweit sie nicht ausdrücklich erklärt wurde, quaestio facti.
3) Die juristische Construction correspectiver Testamente beruht auf der ausdrücklichen oder stillschweigenden diesbezüglichen vertragsmässigen Festsetzung der Testatoren: sie beruht auf der Suspensivbedingung.

---

[1]) Ueber die Wirkung des Verzichts auf das Widerrufsrecht cfr. § 6 im Anfang; die Widerruflichkeit erleidet allerdings durch den Tod des einen Testators ihr Ende: darüber unten in § 8.

KAPITEL II.

Kann bei gemeinschaftlichen Testamenten jeder Testator einseitig von seinen Verfügungen abgehen und eventuell mit welchen rechtlichen Wirkungen?

§ 7.

1. Die Lebenszeit sämmtlicher Testatoren.

Es ist klar und schon wiederholt betont worden, dass zur Lebenszeit sämmtlicher Testatoren jeder einzelne von seinen letztwilligen Verfügungen abgehen kann.[1]) Es ergiebt sich dies aus dem nicht einmal vertragsmässig ausschliessbaren Recht völliger Testirfreiheit.

Verschieden aber ist die Wirkung auf die in den gemeinschaftlichen Testamenten enthaltenen letztwilligen Verfügungen des anderen Theils, je nachdem die beiderseitigen Verfügungen correspectiv sind oder nicht. Beabsichtigen die Testatoren nicht, dass ihre Verfügungen von einander wechselseitig abhängen sollten und ist eine derartige Abhängigkeit auch nicht nach der Natur der Sache vorhanden,[2]) so äussert der Widerruf des einen Testaments keinerlei Wirkung auf das andere:[3]) liegt dagegen nach dem Willen der mehreren Testatoren oder mit Rechtsnothwendigkeit Correspectivität vor, so fällt die eine testamentarische Verfügung mit der anderen ipso jure und ohne Weiteres fort. Dies ergiebt sich aus der im vorigen Paragraphen versuchten Construction des correspectiven Testaments: die eine letztwillige Verfügung ist durch die andere mit Willensübereinstimmung der mehreren Testatoren suspensiv bedingt.[4]) Liegt nur eine theilweise Correspectivität vor, so ist die logische Folge, dass auch nur ein theilweises Wegfallen des anderen Testaments durch den Widerruf des einen anzunehmen ist, sofern und soweit eine Ausscheidung der nicht correspectiven Verfügungen überhaupt möglich ist. Lassen sich erstere nicht erkennen oder ausscheiden, so werden sie eben von der Correspectivität mit ergriffen.

---

[1]) Z. B. oben in § 6, Ziff. 3.

[2]) cfr. § 6, Ziff. 2: wenn z. B. zwei Ehegatten über ihr gütergemeinschaftliches Vermögen zu Gunsten dritter Personen in verbundenen Worten verfügen.

[3]) cfr. oben in § 1.

[4]) Dasselbe muss natürlich ebenso wie für Widerruf, für die Abänderung des einen Testaments gelten, aber auch dann, wenn das eine Testament von Anfang an ungültig ist oder es z. B. durch die Geburt eines Notherben wird.

Dieses Resultat entspricht nicht nur der herrschenden Meinung,[1]) sondern hat auch den Vorzug, dass es sich aus dem im vorhergehenden Paragraphen erörterten Constructionsmittel der Suspensivbedingung als einfache und logische Schlussfolgerung darstellt und den praktischen Bedürfnissen, sowie dem Rechtsgefühl des Volkes entspricht.

Freilich ist dieses Resultat, wie in § 6 gezeigt wurde, nur auf das aus dem deutschen Recht stammende Vertragselement zu stützen, sodass diejenigen Juristen, welche dies nicht anerkennen, entweder inconsequent handeln, wenn sie trotzdem das eine Testament mit dem andern stehen und fallen lassen, oder sie müssen vom Standpunkt des reinen römischen Rechts das eine Testament trotz Fortfall des anderen in Wirksamkeit belassen und damit das Wesen correspectiver Testamenten negiren. Und thatsächlich hat sich die ältere Doctrin theilweise auch zu dieser Consequenz bekannt.

Carpzow[2]) schreibt:

„Nihilominus tamen hoc casu (sc. revocato uno testamento) alterius conjugis testamentum ac dispositio firma ac irrevocata manet."

Ebenso v. Leyser:[3])

„Revocato per unum testatorum testamento reciproco, ea tamen, quae alter testator de bonis suis disposuit, valent."

Auch Biener[4]) schreibt, nachdem er zuvor ausgeführt, dass es strittig sei, ob gemeinschaftliche Testamente überhaupt einseitig geändert werden dürften, und dies bejaht hatte:

„Si unus conjux suam mutavit revocavitque voluntatem, an alterius testamentum ipso iure infirmetur, quäritur: quod non puto, sunt enim duo testamenta et duplex heredis

---

[1]) Glück XXXV, S. 67; Sintenis III, § 178, S. 449; Göz a. a. O., S. 178, Arndts, § 510, S. 810; Bluntschli, § 248, S. 735; ja selbst Windscheid, § 568, S. 112, 113, welcher doch auf Grund seiner Voraussetzungsconstruction eigentlich zum gegentheiligen Resultate gelangen sollte und in Note 5 auch kommt, und viele Andere (cfr. auch die Nachweisungen bei Fischer, S. 81, 82) Von Aelteren cfr. Harpprecht, disp. XXXIX, § 38, S. 1443; nunc haec ipsa voluntatis duorum vel plurium contestatorum correspectivitas hoc operetur, ut simul etiam alterius testamentum, seu in totum, seu in quantum illud correspectivum est, pro expresse, vel tacite revocoto habendum sit.

[2]) Carpzow, Jurisp. forensis rom. saxon. p. III, const. 2, def. 11, § 4 (cit. v. Fischer, S. 82, Note 90.)

[3]) Leyser, a. a. O., spec. 359 de infirmatione testam. § V, S. 56.

[4]) Biener, XXXVII. questionum caput XL. S. 184.

institutio, ne chartae tabularumve, sed voluntatis habetur ratio, independens est utriusque voluntas, ergo uno mutata inferri nequit, alteram esse infirmatam, imo stat ac valet alterius testamentum, etiamsi unus clam et inscio altero suum mutavit, neque enim dolo facit, qui iure suo utitur alter igitur cautus sit, si forte amor alterius et mutua affectio languescat et inclinatio in aliam fiat partem. Nam et hic vigilantibus iura sunt scripta, ergo in tempore suam quoque revocet et mutet voluntatem."

Allerdings sprechen diese Rechtsgelehrten nicht von correspectiven und theilweise nicht einmal von reciprocen Testamenten, allein die gegebenen Thatbestände lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, dass sie Fälle von Erbeseinsetzungen im Auge haben, welche als correspective bezeichnet werden können.[1])

Daneben aber hatte sich eine andere Ansicht Geltung zu verschaffen gewusst, welche dahin ging, dass man auf die römische Testirfreiheit völlig verzichten könne, dass also correspective Testamente wie Erbverträge von Anfang an völlig unwiderruflich seien.[2])

Der Begründer dieser abwegigen Ansicht ist der belgische Jurist Peter Peck.

Er erklärt zunächst auch, jeder Testator könne seine Verfügung zurücknehmen und diejenige des anderen Testators werde hierdurch nicht berührt, indem er sich hierfür auf den Postglossator Oldradus de Ponte beruft,[3]) und geht dann dazu über, zu untersuchen, ob es nicht möglich sei, Cautelen zu schaffen gegen diesen einseitigen Widerruf. Er ertheilt den Rath:[4])

„ut alter conjugum cum consensu alterius de utriusque bonis et eorum parte, ad communium utilitatem liberorum solus testetur. Tunc enim dispositio, licet sit revocabilis ex parte testantis, tamen ex parte consentientis transit in contractum et fit irrevocabilis."

Obwohl es sich kaum verlohnt, diese dem Wesen der Testamentserrichtung als eines persönlichen Rechtsgeschäfts direct

[1]) Nach den in § 6 Ziffer 2 gebrachten Darlegungen der Ansichten André's hält dieser auch jetzt noch an der Ansicht fest, dass das eine Testament nicht durch das andere bedingt sein dürfe, vielmehr selbst diesesfalls jedes Testament ohne Wirkung für das andere widerrufen werden könne. Im Resultat übereinstimmend Hartmann nach dem in § 6 Ziffer 2 Gesagten.

[2]) Das Gegentheil ist bereits in § 6 initio ausgeführt.

[3]) Tractatus Peckii de testamentis conjugum lib. I Cap. XLIII S. 146.

[4]) a. a. O. S. 147, 148.

zuwiderlaufende Ansicht zu widerlegen, so fand sie doch auch in Deutschland ungetheilten Beifall und Männer von dem Range eines Carpzow, Mevius, Stryk Böhmer, Besold und Berlich vertheidigten sie, ja sogar die Gesetzgebung wurde direct durch sie in Mitleidenschaft gezogen.[1])

Heute ist diese Ansicht völlig aufgegeben, wohl aber wurde sie der Ausgangspunkt für eine andere Ansicht, welche noch heute von bedeutenden Rechtsgelehrten vertreten wird.

Der Niederländer Simon van Leeuwen[2]) wollte die Peck'sche Theorie durch einen neuen Grund unterstützen und wies darauf hin, dass nach l. 25 Cod. de fideicommiss. auch des Erben eigene Sachen fideicommittirt werden könnten. Wohl deshalb aber, weil das Fideicommiss erst mit dem Erbschaftsantritt verpflichtend wirkt, erklärt Simon van Leeuwen und diejenigen, welche sich auf ihn stützen, dass der Consens des Erben erst mit diesem Zeitpunkt bindend werde.[3]) [4])

Hierauf weiter einzugehen, muss den Ausführungen des nächsten Paragraphen vorbehalten bleiben.

Der Satz der herrschenden Lehre, welcher den Ausführungen dieses Paragraphen vorangestellt wurde, dass nämlich zu Lebzeiten beider Testatoren mit dem Widerruf oder der Ungültigkeit des einen der mehreren correspectiven Testamente auch das andere ipso jure wegfalle, erleidet nach der Ansicht Einiger eine Einschränkung dann, wenn der eine Theil vom Widerruf des anderen Kenntniss erlangte.

---

[1]) Bairisches Landrecht von 1616 und Codex Maxim. Bavaricus III. 4. 10; das Landrecht XXXIV Art. 13 bestimmt: „Es kann auch das eine Ehegemächt dem andern gewalt und bewilligung geben, dass es von seinem des bewilligenden Ehegemächts Guet, sowol als seinem selbst eignen Guet testiren mög." (cfr. Hartmann II, § 6, S. 148. 149 und Note 8 S. 149.)

[2]) Censur forens. v. 1677, ed. 4. Lugd. Batav. 1741, lib. IV, cap. 11, No. 7 S. 246 fg. (cit. v. Hartmann II, § 6, S. 151 und Note 1 das.) In Nachstehendem ist wesentlich die Ausführung Hartmann's zu Grunde gelegt.

[3]) Peck konnte diese Consequenz von seinem Standpunkte aus natürlich nicht ziehen; da Leeuwen aber doch, vielleicht ohne es zu wollen, eine ganz andere Art der Begründung wählte, so war sein Schluss doch kein willkürlicher, wie Hartmann II. § 6, S 151 meint, sondern der allein zulässige.

[4]) Glück, B. XXXV, S. 50 ff., B. XXXVIII, S. 309 ff. erkennt zwar correspective Testamente im Sinne dieser Abhandlung an, erklärt aber ein pactum de non mutando testamento als gültig und die Unwiderruflichkeit der Erbeseinsetzung vi pacti für möglich. cfr. ders. B. XXXVIII, S. 210. 221.

Recapitulirt man zunächst die einzelnen hierfür abgegebenen Stimmen, so ergiebt sich folgendes Bild:

Harpprecht[1]) schreibt:

„. . . . haec ipsa unilateralis revocatio, quoad alterum scientem, ideo, nullum prorsus effectum pariat, quia nulla in conscium hujus revocationis injuria redundet, ceu in cujus postetate est, ad exemplum et in poenam voluntatis ab altero conjuge mutatae etiam suam mutare et alium sibi heredem scribere: id quod si intermittat, ipsum non tam de conjuge suo condere posse tet deberet, cum priore nihilominus, ceu ab ipso expresse non revocato decedere maluerit."

Aehnlich Griesinger:[2])

„Wenn der Ehegatte in seinem Testamente schon deutlich zu erkennen gab, dass er dasselbe als ein correspectives Testament angesehen haben wolle, so muss es auch mit dem Testamente seines Ehegatten stehen und fallen. Gab er dieses aber in seinem Testamente nicht deutlich zu erkennen, so muss zwar im Zweifel jedes gegenseitige Testament der Ehegatten für ein correspectives angesehen werden,[3]) aber, wenn der Ehegatte den Widerruf des Testaments des andern Ehegatten erfährt und sein Testament nicht widerruft, so muss die Vermuthung für die Correspectivität dadurch fallen."

Noch entschiedener spricht sich Mühlenbruch[4]) aus, indem er die Einschränkung von der Regel, dass mit dem Widerruf des einen auch die correspective Verfügung des anderen für widerrufen zu halten ist, in die Worte kleidet:

„es wäre denn, dass diesem der Widerruf des Testaments bekannt geworden, derselbe aber dennoch sein Testament unabgeändert gelassen hätte. Hier bleibt sein Testament bei Kräften und die Vermuthung für die Correspectivität fällt dadurch weg."

Auch Heinzerling[5]) lässt ein Testament mit dem andern zusammenfallen,

„sofern nicht der Testator, zu dessen Nachtheil die gegen-

[1]) disp. XXXIX, § 42, S. 1448.
[2]) a. a. O. III. Theil, VII. Tit. § 54, S. 198.
[3]) cfr. oben § 6, Ziff. 2, b.
[4]) In Glücks Commentar B. XXXVIII, S. 67.
[5]) § 7, S. 273, 274.

theilige Zuwendung beseitigt wurde, ausdrücklich oder durch concludente Handlungen auf die Correspectivität (die gestellte Resolutionsbedingung (!)) verzichtet. Als ein concludenter Verzicht, mindestens als ein sehr erhebliches Beweismoment muss angenommen werden, wenn der betreffende Testator, obgleich er volle Kenntniss von der Beseitigung der ihm früher zugedachten Erbeinsetzung und genügende Zeit, um danach seinen letzten Willen zu widerrufen oder zu modificiren, hatte, gleichwohl unterlässt, dies zu thun.“ [1])

Diese ganz unhaltbare und ebensowohl auf Grundlage des römischen als des deutschen Rechts unconstruirbare Einschränkung hat sogar in die Gesetzgebung Eingang gefunden: es bestimmt nämlich das Bairische Landrecht: [2])

„Von dem testamento reciproco ist . . . . . zu melden, dass wenn solches einerseits widerrufen, cassirt oder sonst entkräftet gehalten werde, es wäre dann bemelte Widerruf oder Entkräftung dem anderen Theile bekannt gewest und er gleichwohl auf dem Testament seines Orts beharrt hätte, uneracht es ihm an genugsamer Zeit, solches gleichfalls widerrufen zu können, nicht ermangelt hat. Denen testamentis reciprocis werden auch die correspectiva in diesem Stücke gleich geschätzt.“

Wie es scheint, ist eine juristische Construction dieser einschränkenden Ansicht noch nicht einmal versucht worden: letztere wurde aufgestellt, erschien Anderen zweckmässig und wurde von ihnen adoptirt, ohne dass sich ihre Vertreter viel Sorge darum gemacht hätten, ob sie auch zu begründen ist. Denn das ist doch keine juristische Begründung, dass man sagt, die Präsumtion der Correspectivität werde durch das negative Verhalten des Nichtwiderrufenden zerstört: damit sagt man nur einestheils, was schon oben [3]) als irrig zu beweisen versucht wurde, dass es keine rechtsnothwendige, sondern nur eine präsumtive Correspectivität giebt.

[1]) § Aehnlich auch Stobbe, a. a. O. V, § 307 (cit. v. Fischer, S. 84) Mittermaier, § 410. S. 691.

[2]) III, 4, § 11. Das citirte Gesetz hält übrigens reciproce und correspective Testamente gar nicht genügend auseinander, denn, wenn der im Text ersichtliche Grundsatz schon für die reciprocen Testamente gelten soll, so können damit eben nur correspective gemeint sein, was aber dann noch die besondere Erwähnung der correspectiven Testamente sagen soll, ist unerfindlich.

[3]) § 6, Ziff. 2.

und anderntheils, dass wo keine Correspectivität ist, auch die Wirkungen derselben nicht eintreten, was selbstverständlich ist.

Von dem in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt muss man aber vielmehr behaupten, dass es Verfügungen giebt, welche mit Rechtsnothwendigkeit mit einander stehen und fallen, und dass die nur gewollte Correspectivität, wenn sie nicht ausdrücklich erklärt wird, durch Interpretation des Willens der Testatoren festzustellen ist. In allen Fällen der Correspectivität ist aber nach deutschem Recht die Verfügung des Einen durch diejenige des Anderen suspensiv bedingt, dergestalt, dass der Widerruf der einen die andere rückwärts ipso jure beseitigt.

Diesem Grundsatz gegenüber ist es undenkbar, dass der blosse Wille des Nichtwiderrufenden eine rechtliche Wirkung auf den Fortbestand seiner Verfügung ausübt.

Dazu treten noch ganz andere Bedenken:

Nimmt man an, der Nichtwiderrufende habe sich passiv verhalten, so würde zunächst zu beweisen sein, dass er Kenntniss vom Widerruf des anderen Testators hatte; wie aber soll das nach seinem Tode bewiesen werden, wenn nicht etwa bewiesen werden kann, dass ihm ausdrückliche Mittheilung davon gemacht wurde? Und wenn dieser Beweis gelingen sollte, ist dann die Annahme nicht vielleicht gerechtfertigter, dass er von der Ueberzeugung ausgehend, dass sein Testament damit auch hinfällig sei, sich nur deshalb passiv verhielt, weil er nunmehr die Intestaterbfolge eintreten lassen wollte? Geradezu unmöglich aber ist es, die aufgestellte Ansicht gegenüber der sogenannten rechtsnothwendigen Correspectivität zu vertheidigen, da diesesfalls jede einzelne Verfügung gar keinen selbständigen Character hat und haben kann. Wollte man aber in den Fällen der gewillkürten Correspectivität zur Vertheidigung der gegentheiligen Ansicht sagen, ein correspectiv errichtetes Testament könne auch durch den blossen Willen der mehreren Testatoren aufhören, correspectiv zu sein, so ist dagegen einzuwenden, dass die blosse Willensänderung die Correspectivität so wenig aufhebt, wie ein ganzes Testament.[1])

Die vorstehenden Ausführungen richten sich auch gegen Windscheid, welcher das (von ihm behauptete) Widerrufsrecht der Intestaterben[2]) cessiren lässt, wenn der Erblasser den Wegfall des anderen Testaments bei seinen Lebzeiten in Erfahrung brachte;

[1]) cfr. hierzu auch Sintenis, § 178, Anm. 4, S. 449 und Fischer, a. a. O., S. 84.

[2]) cfr. § 6, Ziff. 3 oben.

denn diesesfalls habe er durch die Nichtänderung seines Testaments dasselbe bestätigt und seinen Erben dadurch die Möglichkeit entzogen, die Ermangelung der Voraussetzung geltend zu machen (nach Analogie des für die Schenkung unter Ehegatten Geltenden.)[1])

Zwar ist dieses Resultat von Windscheid's Voraussetzungstheorie aus eher annehmbar, als aus dem Gesichtspunkt der Bedingung, da letztere das correspective Testament ipso jure mit dem Widerruf der correspectiven Verfügung unwirksam macht, die irrige Voraussetzung aber die Wirksamkeit jener Verfügung nicht direct vernichtet; ist aber der Vordersatz unrichtig, wie in § 6 nachzuweisen versucht, so ist es auch der darauf fundirte Folgesatz. Beinahe möchte man annehmen, Windscheid habe von der Ansicht, dass der Nichtwiderrufende den Widerruf nicht kennen darf, wenn sein Testament nicht wirksam bleiben soll, rückwärts geschlossen, dass dann nicht die Bedingung, sondern nur die Voraussetzung das Constructionsmittel für die correspectiven Testamente sein könne.

Fasst man auch hier das Resultat der Untersuchungen dieses Paragraphen zusammen, so erhält man folgende Sätze:

1. Mit dem Widerrufe[2]) der Verfügungen des einen Testators bei Lebzeiten des anderen fallen auch dessen Verfügungen, soweit sie mit rechtlicher Nothwendigkeit oder nach dem Willen der Testatoren correspectiv sind, ipso juro fort.

2. Gleichgültig ist dabei, ob der Nichtwiderrufende von dem Widerrufe des anderen Testators Kenntniss erlangte oder nicht.

§ 8.

Die Zeit nach dem Tode des einen Testators. Stand der Controversen.

Fragt man, ob nach dem Tode des einen Testators der andere seine gemeinschaftlich getroffenen letztwilligen Verfügungen abändern oder widerrufen darf, so ist dies zweifellos für die testamenta mere simultanea und diejenigen testamenta reciproca, welche nicht (rechts-

[1]) Windscheid, § 568, Note 5, S. 113.

[2]) Natürlich hat auch ein theilweiser Widerruf oder eine Abänderung einzelner Bestimmungen dieselbe Wirkung, wenn sie sich auf correspective Verfügungen erstrecken. Dass auch das Ungültigwerden der einen Verfügung, z. B. durch Geburt eines Notherben das correspective Testament in toto vernichtet, sowie dass die Aufhebung des einen Testaments der Gültigkeit des anderen nicht schadet, wenn der Grund lediglich in der Person des Honorirten liegt, also wenn dieser unfähig wird oder wegfällt, interessirt hier weiter nicht.

nothwendig oder gewillkürt) correspectiva sind, zu bejahen. Solche Testamente sind nur rein äusserlich uno actu errichtet, stehen in gar keinem inneren Zusammenhang und richten sich deshalb lediglich nach den römischen Rechtsgrundsätzen über das einseitige Testament. Nach diesen steht aber jedem Testator jederzeit als Ausfluss seiner völligen Testirfreiheit das Recht zu, seine letztwilligen Verfügungen zu ändern oder zu widerrufen, ohne dass dies von irgend welchem Einfluss auf das Testament des verstorbenen Mittestators ist.

Aber auch bei correspectiven Testamenten ist die Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage nicht immer schwierig:

Haben sich zwei Personen in einem gemeinschaftlichen correspectiven Testamente gegenseitig zu Erben eingesetzt und weitere Erbeseinsetzungen nicht angeordnet, so wird das Testament des Ueberlebenden durch den Tod des Mittestators destitut; tritt der Erstere die ihm aus dem correspectiven Testament deferirte Erbschaft an, so ist das ganze Rechtsverhältniss definitiv geregelt, lehnt er den Erbschaftsantritt ab, so tritt die Intestaterbfolge in Bezug auf den Nachlass des Erstverstorbenen ein, da auch dessen Testament destitut wurde.

Kein anderes Resultat aber entsteht, wenn die beiden Testatoren, welche sich lediglich allein in einem gemeinschaftlichen correspectiven Testament zu Erben einsetzten, sich gegenseitig mit Vermächtnissen zu Gunsten Dritter belasten, denn mit dem Wegfall des Erben d. h. dem Tod des erstversterbenden Testators und bez. der Ausschlagung der Erbschaft durch den Ueberlebenden fallen auch die diesem auferlegten Vermächtnisse fort: tritt aber der Ueberlebende die Erbschaft des Zuerstverstorbenen an, so hat er, wie jeder Erbe, die ihm auferlegten Vermächtnisse zu erfüllen.

Nicht so einfach aber liegen die Verhältnisse, wenn der Ueberlebende neben dem verstorbenen Mittestator noch Dritte zu Erben eingesetzt hatte oder des ersteren Testament lediglich Dritte zu Erben ernannte oder, was besonders häufig vorkommt, beide Testatoren über ihren gesammten Nachlass für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden zu Gunsten Dritter, namentlich der beiderseitigen Verwandten, Anordnungen getroffen hatten.

Dass sich noch weitere Complicationen denken lassen, ist selbstverständlich,[1]) allein alle sind nach derselben Regel zu entscheiden,

[1]) cfr. z. B. den von Mühlenbruch in Glück's Commentar B. XXXVIII, S. 223, Note 82 gedachten Fall: Der Ueberlebedne und ein Dritter werden zu Mit-

sodass von dieser Mannigfaltigkeit der Möglichkeiten abgesehen werden und nach dem Vorgange mehrerer Rechtsgelehrter nur der besonders häufige Fall in's Auge gefasst werden kann, dass zwei Testatoren sich gegenseitig zu Erben einsetzen und gleichzeitig über ihren gesammten Nachlass für die Zeit nach dem Tode des Ueberlebenden testiren.

Wohl kaum eine Frage, wie die nach dem hier zur Anwendung zu bringenden Princip, hat so viele Controversen gezeitigt, ohne dass bis jetzt eine Einigung zu erzielen war. Sie vollständig hier aufzuzählen, würde den Rahmen dieser Arbeit völlig sprengen: es soll deshalb nur auf die wesentlichsten derselben kurz eingegangen und dann die eigne Ansicht aufgestellt und begründet werden.

1. Die ältere auf dem Boden des römischen Rechts stehende Ansicht stützt sich auf den Ausspruch des um 1300 lebenden Postglossators Oldradus de Ponte, welcher schreibt:

> „Nulli dubium est, quin superstes suum testamentum mutare potuerit.“ [1])

Alle diejenigen Theoretiker des 16. und 17. Jahrhunderts, welche dieser Ansicht folgten,[2]) sprechen zwar nicht von corre-

---

erben ernannt, der Erstere wird diesem zugleich substituirt, sein Recht aber auf einen Niessbrauch an dem ganzen Vermögen eingeschränkt; indem das Ganze dermaleinst die beiderseitigen Intestaterben der Testirer erhalten sollen.

[1]) Oldr. Pontani Laudensis Consilia No. 173.

[2]) J. Fichard, Consilia (teutsche Rathschläge) II, 76: „So auch unter denselbigen der eine Theil mit Tode abgegangen, so stehet dem Letztlebenden bevor und frey, sein Testament und letzten Willen zu ändern oder gar abzuthun“.

Gail, liber II. Observatio 117, § 1, 2, 3, S. 533. „Et in camera iudicatum memini, per vulgaria, quod voluntas debet esse ambulatoria usque. ad ultimum vitae spiritum“.

Mynsinger, Centuria I observatio 8, § 5, S. 6 und bez. Centuria II observatio 33, § 8, S. 65, „censuerunt Domini crebrioribus suffragiis, maritum superstitem huiusmodi revocationem iure fecicisse“ bez. „ . . . . . cum sit pactum de futura successione, quod jure improbatur“.

Wernher, Tom II, Partis X observatio 338, S. 682. „Weil ein letzter Wille jederzeit wieder hinterzogen und geändert werden kann, diesfalls auch unter Testamenta reciproca und andere ultimas voluntates kein Unterschied in denen Rechten gehalten wird etc.“

Leyser, Specimen 359 meditatio 3 und 4, S. 55. „Etiam testamentum mutuum seu reciprocum ab uno testatorum revocari potest. Nec impedit revocationem, quod ambo testatores de bonis suis communiter disposuerunt atque ea inter cognatos suos diviserunt“.

Ausführlichere Citate bei Strippelmann S. 485—488, welcher auch die Aussprüche von Oldentorp, H Vultejus, Carpzow, Zoesius und J. S. Stryk anführt.

spectiven, sondern nur von gemeinschaftlichen oder gegenseitigen Testamenten, indess die von ihnen angegebenen Thatbestände lassen einen zuverlässigen Schluss darauf zu, dass sie Testamente im Auge hatten, welche heute als correspective aufzufassen sind: entweder wollten sie also zwischen correspectiven und nichtcorrespectiven Testamenten hinsichtlich des Widerrufs nach dem Tode des einen Testators keinen Unterschied gemacht wissen; Diesesfalls würde es sich erklären, warum sie über die Wirkungen des Widerrufs nichts sagen: auch in dieser Hinsicht galt ihnen dann als selbstverständlich, dass bei den correspectiven Testamenten keine andere Wirkung eintreten könne, als bei den nichtcorrespectiven: das widerrufene Testament fällt weg, das nichtwiderrufene, also dasjenige des vorverstorbenen Mittestators, bleibt in Wirksamkeit.[1]) Dann sind sie von dem Vorwurf nicht freizusprechen, dass sie das Wesen der Correspectivität völlig verkannten, offenbar nur, um dem römischen Grundsatz unveräusserlicher Testirfreiheit gerecht zu werden und weil sie sich nicht entschliessen konnten, den Erbantritt aus dem Testament des Zuerstverstorbenen wieder rückgängig zu machen.

Oder aber sie kannten den Begriff correspectiver Testamente in dem hier gebrauchten Sinn überhaupt nicht: dann wären ihre Aussprüche zwar vom Standpunkt des reinen römischen Rechts gewiss nur logisch, aber hier nicht verwerthbar.

Ist die erste Alternative richtig, so wird man wohl mit der Annahme nicht fehlgehen, dass jene älteste Theorie, welche das Widerrufsrecht des Ueberlebenden jederzeit anerkannte und das Testament des Zuerstverstorbenen trotz Widerrufs in Kraft liess, der Ausgangspunkt für die Windscheid'sche Lehre wurde. Dieser Gelehrte verbreitet sich aber viel eingehender über den aufgestellten Satz, indem er sagt, dass, wenn in einem correspectiven Testament zugleich eine Verfügung über das gemeinschaftliche Vermögen für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden getroffen sei, so werde die Verfügung des Erstverstorbenen trotz des Wegfalls des Testaments des Ueberlebenden, soweit das Vermögen des

[1]) Diese Annahme bestätigt Zimmermann S. 16, Note 7 am Ende; für sie sprechen auch die Worte Vultejus' (consilia Marpurg. Vol. IV, cons. 21) der Ueberlebende könne widerrufen „quoad sua bona propria, sive quoad suam bonorum communium medietatem" und Carpzows (Jurisprud. for. rom. saxon. P. III. const. 2 def. 12 „pro sua parte recedere."

Erstverstorbenen reiche, indirect durch Verwandlung in ein Erbschaftsvermächtniss aufrecht erhalten.[1])

Bereits in § 6 Ziffer 3 wurde in der Note auf den Satz hingewiesen, dass nach Windscheid's Ansicht der Eingesetzte die Erbschaft an denjenigen als Erbschaftsvermächtniss herausgeben muss, an welchem nach dem unzweifelhaften Willen des vorverstorbenen Testators bei Eintritt einer der Erbeseinsetzung hinzugefügten Resolutivbedingung die Erbschaft fallen solle.

Dass Windscheid diesen allerdings sehr zweifelhaften Satz nicht zur Unterstützung seiner vorstehenden Ansicht verwendet, ist natürlich, da er ja das Wesen der correspectiven Testamente überhaupt nicht auf der Bedingung, sondern auf der Voraussetzung aufbaut; er begründet seine Ansicht vielmehr in zweifacher Weise: entweder in Analogie der Pupillarsubstitution, in welcher auch nur eine Vermächtnissanordnung zu finden sei,[2]) oder nach l. 74 p. D. 36, 1, wo die Auflage: mando tibi non testari (hier: du sollst die Eingesetzten aus deinem Testamente erben lassen, deswegen dir auch keine Notherben erzeugen), als Fideicommiss interpretirt werde.[3])

Aber, fährt Windscheid fort, das Vermächtniss reiche nicht weiter, als das Vermögen, welches der Vermachende dem Belasteten zugewendet habe, und daher behalte der Ueberlebende im Uebrigen freie Disposition; nicht aufrecht erhalten werde die Verfügung über das eigene Vermögen des Erstverstorbenen, denn eine solche Verfügung habe derselbe nicht getroffen, sondern über das gemeinschaftliche Vermögen, soweit das eigene reiche, denn auch über das eigene Vermögen des Erben könne bis zum Betrage des ihm Zugewendeten verfügt werden.[4])

Man wird zugeben müssen, dass die Dritten, welche nach dem Tode des längstlebenden zweier gemeinschaftlicher Testatoren den

[1]) Windscheid § 568, S. 114; sollte hier nicht mit der Windscheid'schen Behauptung contrastiren, dass die Intestaterben (also nicht die Testamentserben) ein Anfechtungsrecht hätten, wenn ohne Wissen des vorverstorbenen Testators der andere zu jenes Lebzeiten das Testament einseitig widerruft?! Oder sollen diesesfalls die Intestaterben, bei Widerruf des correspectiven Testaments nach dem Tode des einen Testators aber die Testamentserben (letzterenfalls als Universalfideicommissare) den Nachlass erhalten? Für diese verschiedenartige Behandlung des Widerrufs liegt doch gewiss kein innerer Grund vor. (cfr. § 6, Ziffer 3, S. 34.)

[2]) § 561, bes. Note 3, S. 94. 95.

[3]) § 568, Note 7, S. 114.

[4]) Windscheid, § 568, Note 7 und 6, S. 114.

Nachlass erhalten sollen, von dem Grundsatze ausgehend, dass Niemand für einen anderen testiren kann, bezüglich des Längstlebenden Erben sind, während sie bez. des verstorbenen Testators Universalfideicommissare sind. Man wird auch anzunehmen versucht sein, dass im Falle des Widerrufs des correspectiven Testaments durch den Ueberlebenden nach erfolgtem Erbschaftsantritt das Testament des Vorverstorbenen doch zur Ausführung gelangen müsse, da der Fiduciar nicht das Recht oder auch nur die Möglichkeit hat, den Universalfideicommissaren ihre Rechte zu schmälern oder zu entziehen. Allein dies ist offenbar mit dem Begriffe der Correspectivität nicht verträglich, da es dazu führt, dass das Testament des Vorverstorbenen zur Ausführung gelangt, obwohl der Ueberlebende das seine vernichtet oder abändert.

Auch würde gegen die Windscheid'sche Auffassung das Bedenken Platz greifen, dass der Ueberlebende bis an seinen Tod im vollen Besitz und Genuss des Nachlasses seines Mittestators bleibt. Auch kann die theilweise Aufrechterhaltung der gemeinschaftlichen Verfügungen als Universalfideicommiss auf dem Nachlass des Erstverstorbenen oder, um mit Windscheid zu reden, auf dem gemeinschaftlichen Vermögen, soweit das Vermögen des Erstverstorbenen reicht, in denjenigen zahlreichen Fällen nichts nützen, in denen die gemeinschaftlichen Verfügungen die Bezugnahme auf das gesammte beiderseitige Vermögen zur nothwendigen Voraussetzung haben.

Endlich aber würde der Widerruf des die Erbschaft des Verstorbenen besitzenden Ueberlebenden nicht nur gegen die dem correspectiven Testament zu Grunde liegende Vereinbarung, sondern gegen Treu und Glauben gröblich verstossen.[1])

2. Wesentlich verschieden von der unter 1 dargestellten Ansicht steht eine andere, welche ebenfalls schon sehr alt ist, aber auch von einigen Neueren vertreten wird und dem Begriff der Correspectivität ungleich mehr gerecht wird.

Bereits im Codex Fabrianus von 1595[2]) heisst es:

> „multorumque error ille est, quod existimant, — fieri posse, ut superstitis conjugis testamentum sit prorsus irrevocabile, altero conjuge praedefuncto, cum ex contrario fiat, ut praemortui conjugis testamentum hoc ipso revocetur, quod supertes conjux suum revocet.“ —

[1]) cfr. auch Fischer, a. a. O. S. 86.

[2]) lib. 6, tit. 5, defens. 18, not. 22, S. 597.

Also der Tod des einen Testators und der auf Grund dessen letztwilliger Verfügung erfolgte Erbschaftsantritt bezw. der stattgehabte Erwerb der Zuwendung durch den anderen Testator hindert diesen nicht, sein Testament zu widerrufen und damit verliert dann auch das Testament des Erstverstorbenen rückwärts seine Wirksamkeit.

Dieser Gedanke ist zwar in der vorgedachten Stelle nicht völlig ausgeführt, vielmehr nur gesagt, dass das Testament des Vorverstorbenen durch den Widerruf des Testamentes des Ueberlebenden mit widerrufen wird, allein man wird diese Stelle wohl so auffassen müssen und wenigstens haben neuere Gelehrte diesen Satz mit klaren Worten ausgesprochen. Auch hierfür sollen einige Belege aus der Literatur gegeben werden:

Hasse[1]) schreibt, soweit die Erbeseinsetzung Fideicommiss sei, könne sie nicht mehr geändert werden, aber soweit sie directe Erbeseinsetzung auf Seiten des Ueberlebenden sei, also das ursprünglich eigene Vermögen desselben betreffe, könne dieser sie allerdings zu jeder Zeit frei wieder aufheben und keine Anerkennung des Testaments und keine Erbantretung, welche sich doch nur auf den Nachlass des Erstverstorbenen beziehe, könne dies ändern. Widerrufe er diesen Theil seines Testaments, so müsse auch die Einsetzung des Erstverstorbenen rückwärts wieder aufgehoben werden. Ob er aber widerrufen habe, entscheide sich erst bei seinem Tode; der Widerruf müsse auch auf das Testament des Erstverstorbenen wie eine Resolutivbedingung wirken, es müsste Intestaterbfolge für diesen eintreten und der Erbe des Ueberlebenden den ganzen Nachlass des Erstverstorbenen an dessen Verwandte ohne Schmälerung herausgeben.[2])

Dieselbe Ansicht vertritt auch Puchta[3]) mit folgenden Auslassungen:

> „Bei correspectiven Testamenten ist kein Testator gebunden, aber mit seinen hebt er auch die Verfügungen des Anderen auf. Auch wenn er schon geerbt hätte, durch den Antritt wird er nur verpflichtet zur Erfüllung der Disposition seines

[1]) a. a. O. S. 269—271.

[2]) Auf die Meinungsverschiedenheit zwischen Hasse und Harpprecht näher einzugehen, liegt kein Grund vor. Doch möchte mit Sintenis § 178, Note 6, S. 451 letzterem darin beizupflichten sein, dass der überlebende Testator das correspective Testament nicht abändern darf und dass es nicht genügt, wenn er mit einem Testament ganz gleichen Inhalts stirbt, wenn er nicht den Wegfall der correspectiven Verfügungen herbeiführen will.

[3]) Vorlesungen § 481, S. 387.

Testators, nicht zum Stehenlassen der seinigen, denn diese Verpflichtung ist beim Testament unmöglich; durch den Widerruf wird er also zur Herausgabe des Vermögens des Anderen an dessen Intestaterben verpflichtet."

Ebenso Arndts.[1])

„Auch ein wechselseitiges Testament kann jeder Testator einseitig wieder aufheben, sowohl nach als vor dem Tode des anderen Testators, selbst dann noch, wenn er die Erbschaft des letzteren nach dessen Testament bereits angenommen hat. Aber sofern das Testament ein correspectives war, wird freilich durch die Widerrufung des einen auch das andere aufgehoben, und müssen dann auch die Wirkungen des gemäss diesem schon eingetretenen Erbschaftserwerbes wieder rückgängig gemacht werden."

Ausführlich verbreitet sich Sintenis[2]) über die zu beantwortende Frage mit folgenden Worten:

„Der Widerruf des einen Testaments zieht daher auch stets die Aufhebung des anderen nach sich. Diese Regel kommt selbst dann noch zur Anwendung, wenn der eine Testator gestorben ist und der andere dessen Testament gemäss die Erbschaft angetreten hat. Natürlich ist hierbei vorausgesetzt zu denken, dass ausser dem erstverstorbenen Mittestator in dem Testament des Überlebenden noch andere Personen dergestalt honorirt waren, dass dasselbe durch jenen Todesfall nicht destituirt erscheint. Solche Personen aber würden sein: Miterben und Substituten des Erstverstorbenen und diejenigen, zu deren Gunsten beide Testatoren, nachdem sie sich gegenseitig zu Erben eingesetzt, auf den Fall des Ablebens des Längstlebenden von ihnen solche gemeinschaftliche Verfügungen, wie durch Universalfideicommiss, getroffen haben, als wenn beider Nachlass ein einziger wäre."

„In Betracht der Natur der correspectiven Testamente gestaltet sich durch den späteren Widerruf des eigenen Testaments die Sache so, dass, wenn ein Miterbe vorhanden ist, das Anwachsungsrecht Platz greift, anderen Falls aber des verstorbenen Testators Testament als nicht errichtet und er wie untestirt verstorben erscheint: die Folgen des Erbantritts werden rückgängig und der Ueberlebende hat

[1]) § 501, S. 810.
[2]) § 178, S. 449. 450 und Note 6 S. 450. 451.

den Nachlass mit allem Zubehör an die Intestaterben herauszugeben.[1])

Es ist ersichtlich, dass die vorcitirten Aussprüche von Hasse, Puchta, Arndts und Sintenis keineswegs völlig übereinstimmen: darin aber sind sie einig, dass mit dem Widerruf des Testaments des Ueberlebenden auch die correspective Verfügung des Verstorbenen rückwärts wieder aufgehoben wird und dass der Widerruf des Ueberlebenden auch noch erfolgen darf, nachdem er Erwerbungen auf Grund der Verfügungen des Erstverstorbenen machte, also insbesondere, nachdem er die ihm zugefallene Erbschaft antrat.

Obwohl diese Ansicht auf die Correspectivität der mehreren Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments die gebührende Rücksicht nimmt und dem römisch-rechtlichen Satze von der unveränderlichen Testirfreiheit gerecht wird, ist die versuchte Construction doch unhaltbar und das gefundene Resultat im hohen Grade unbefriedigend.

Ersteres ist deshalb der Fall, weil der römisch-rechtliche Grundsatz „semel heres semper heres" im Wege steht: eine angetretene Erbschaft kann zwar wieder z. B. durch erfolgreiche Anfechtung des dem Erbschaftsantritt zu Grunde liegenden Testaments entrissen[2]) oder dem Intestaterben deshalb entzogen werden, weil sich später herausstellt, dass der Erblasser mit Hinterlassung eines Testaments verstarb, aber in diesen Fällen ist Derjenige, welcher die Erbschaft antrat, überhaupt nie Erbe gewesen, sondern nur proheres; wer aber auf Grund eines rechtsgültigen Testaments den Nachlass eines Anderen erwarb, ist thatsächlich und rechtlich Erbe und es fehlt an jeder juristischen Möglichkeit durch die Construction einer nachträglichen Ungültigkeit des Testaments den Nachlass an Andere, insbesondere an Intestaterben, gelangen zu lassen. Auch ist bereits in § 6, Ziffer 3 des Weiteren ausgeführt worden, dass zur Construction correspectiver Testamente die Resolutivbedingung um deswegen untauglich ist, weil eine Erbeseinsetzung nie unter einer Resolutivbedingung erfolgen kann, letztere vielmehr, wenn sie beigefügt ist,[3]) gestrichen wird.

Zwar behauptet Windscheid,[4]) wenn darüber kein Zweifel sei,

[1]) cfr. auch Deiters, § 9, S. 7 fg.

[2]) so ja Windscheid im vorliegenden Fall § 6, Ziff. 3, S. 34.

[3]) also nicht aus den Intentionen der Testatoren herausinterpretirt wird.

[4]) § 554, Ziff. 4 und Note 19, S. 77. 78 (cfr. auch oben § 6, Ziff. 3. S. 33, Note 3 und § 8 S. 48)

an wen nach dem Willen des Erblassers mit Eintritt der Resolutivbedingung die Erbschaft fallen solle, der Eingesetzte diesem die Erbschaft als Erbschaftsvermächtniss herausgeben müsse; indess nicht nur, dass Windscheid mit dieser Ansicht sehr isolirt ist, selbst zugeben muss, dass der von ihm aufgestellte Satz in den Quellen nicht stehe, und sich nur auf die Analogie der Annahme eines stillschweigenden Erbschaftsvermächtnisses bei der Erbeseinsetzung ex certa parte oder ex certa re beruft,[1]) so würde dieser Satz auch zu ganz anderen Resultaten führen, als es die meisten Vertreter der oben gedachten Meinung behaupten. Jene wollen doch im Falle des Widerrufs des correspectiven Testaments durch den Ueberlebenden die Verfügungen des Vorverstorbenen hinfällig sein und den Nachlass des letzteren an die Intestaterben herausgeben lassen, während Windscheid's Ausspruch nur dazu führen würde, dass der Nachlass des vorverstorbenen Testators an die von ihm als Erben Eingesetzten als Erbschaftsvermächtniss herauszugeben sei.

Zwar behauptet ja Sintenis nach seinem vorstehend citirten Ausspruch, wenn ein Miterbe vorhanden sei, so trete in seiner Person das Anwachsungsrecht ein, allein es ist klar, dass auch diese Behauptung durch den Windscheid'schen Satz nicht begründet werden kann.[2])

Dass aber das aus der oben citirten Ansicht sich ergebende praktische Resultat im hohen Grade unbefriedigend ist, ist daraus ersichtlich, dass der Ueberlebende, wie Hasse ausdrücklich anerkennt, bis an seinen Tod im vollen Besitz und Genuss des Nachlasses seines Mittestators bleibt, also für seine Person alle Vortheile geniesst, welche er überhaupt nur wünschen kann. Aber wenn man auch mit Puchta, Arndt's und Sintenis eine sofortige Herausgabe des Nachlasses des Vorverstorbenen durch den widerrufenden Ueberlebenden verlangen wollte, so würde dies doch in der Regel nichts nützen, da sich erst nach dem Tode des Ueberlebenden herausstellen wird, ob er sein Testament widerrief; und er kann ja auch thatsächlich den Widerruf erst kurz vor seinem Tod erklären.

Auch würde die Herausgabe des Nachlasses des Zuerstverstorbenen an dessen Intestaterben dadurch illusorisch gemacht werden,

---

[1]) Was übrigens ebenfalls sehr bestritten ist und in den Quellen keine direkte Bestätigung findet.

[2]) Ganz abgesehen davon, dass diesesfalls dem Begriff der Correspectivität zuwider das Testament des zuerst Verstorbenen theilweise aufrecht erhalten bliebe.

dass der Ueberlebende, wie dies regelmässig der Fall ist.[1]) das Recht auf Verfügungen unter Lebenden uneingeschränkt behält oder wenigstens so lange hatte, als er nicht widerrief, und in dieser Zwischenzeit den ganzen Nachlass des ersteren verbrauchen oder verschenken kann. Damit wäre aber auch auf Grund der zweiten Ansicht der Arglist des Ueberlebenden Vorschub geleistet und obendrein den Intentionen des Erstverstorbenen, wenigstens oft, zuwidergehandelt.

3. Zur Darstellung einer dritten Hauptansicht ist es nöthig, etwas weiter auszuholen.

In § 7 ist darauf hingewiesen, dass der belgische Jurist Peter Peck nach Cautelen suchte, damit nicht ein Testator das correspective Testament zurücknehmen könne und dasjenige des Mittestators hierdurch unberührt bleibe; er rieth, ein Testator solle mit Consens des anderen über dessen Vermögen mittestiren, dann sei letzterer durch seinen Consens gebunden. Der Niederländer Simon van Leeuwen schloss sich dieser Ansicht an und gelangte von dem feststehenden Grundsatz des römischen Rechts, dass der Erblasser auch die eigenen Vermögensstücke des Erben gültig fideicommittiren könne,[2]) zu dem Schluss, der überlebende Mittestator werde durch die Erbschaftsantretung an die Verfügungen des verstorbenen Mittestators gebunden.

Damit war aber freilich nicht viel erreicht, zumal da das römische Recht die selbstverständliche weitere Regel aufstellte, dass Niemand an die ihm auferlegten Vermächtnisse weiter gebunden ist, als der Werth der Zuwendung des Erben reicht. Hiervon ausgehend, würde man aber von Simon van Leeuwen's Theorie aus eher zu Windscheid's, unter Ziffer 1 dieses Paragraphen dargestellter Ansicht gelangen, als zu der in Nachstehendem zu erwähnenden. Trotzdem gilt diese Theorie als Ausgangspunkt für eine sehr beachtliche Ansicht, welche unter älteren und neueren Juristen viele Anhänger fand.

Man vernachlässigte einfach den Satz, dass Niemand in weiterem Umfange mit Vermächtnissen belastet werden dürfe, als die Zuwendung reiche, oder suchte zu beweisen, dieser römische Grundsatz gelte jetzt nicht mehr.[3]) Dann stand ja nichts mehr im

[1]) Gewöhnlich bestimmen doch die Testatoren, es solle nach dem Tode des Ueberlebenden der gesammte Nachlass, wie er sich zu dieser Zeit beläuft, an Dritte fallen.

[2]) l. 25. C. 6. 42: „Heredum etiam res proprias per fideicommissum relinqui posse, non ambigitur." —

[3]) cfr. z. B. Brinz, § 370, S. 66. 67; Mühlenbruch in Glück's Commentar, B XXXVIII, S. 240—242; Bolley, § 8, S. 11. 12; Glück, B. XXXV, S. 68—73.

Wege, zu behaupten, der Ueberlebende habe den Willen des Verstorbenen, welcher ja auch sein eigener freier Wille gewesen sei, durch die Erbschaftsantretung als unwiderruflich anerkannt und bestätigt.[1]) letztere begründe eine obligatio quasi ex contractu: dem Sinne der Disposition gemäss, sei das beiderseitige Vermögen als ein einziges und zwar dem Fideicommissrecht unabänderlich unterworfenes anzusehen.[2])

Der Begriff des Quasicontracts ist aber schon an und für sich ein sehr unklarer: die Römer verstanden darunter eine obligatorische Gebundenheit nicht auf Grund eines Contracts, aber eines contractsähnlichen Thatbestandes: Beides ist nach römischem Recht überdies völlig undenkbar, wie hätte daneben der oft erwähnte römische Grundsatz der unbeschränkten Testirfreiheit „usque ad vitae supremum exitum" bestehen können? Andere, besonders belgische und französische Juristen erkannten das gefundene Resultat, dass nämlich der überlebende Mittestator durch den Erwerb der Erbschaft des Vorverstorbenen in die Unmöglichkeit versetzt werde, sein eigenes Testament zu widerrufen, als richtig und dem practischen Bedürfnisse entsprechend an, suchten aber nach einem stichhaltigeren Constructionsmittel und glaubten dies in der mortis causa donatio zu finden. Sie deducirten, man könne mit Einwilligung eines Anderen auch dessen Vermögen von Todeswegen verschenken und dann gelte der Einwilligende selbst als Schenker: eine solche Einwilligung könne man aber auch als Contract betrachten; man könne aber auch auf den Tod eines Anderen, wie auf den eigenen eine solche Schenkung erklären: sterbe der Schenker zuerst, so werde die Schenkung unwiderruflich, denn sein Erbe könne nicht widerrufen.[3])

Auf diese Ausführungen braucht wohl nicht näher eingegangen zu werden: wären sie stichhaltig, so ist doch damit nichts für die Frage bewiesen, ob gemeinschaftliche Testamente durch den Erbantritt des Ueberlebenden unwiderruflich werden.

Somit wird man wohl behaupten können, dass alle Versuche auf Grund des römischen Rechts zu dem Satz zu gelangen, dass

[1]) z. B. Glück, B. XXXV, S. 69.

[2]) Mühlenbruch in Glück's Commentar B. XXXVIII, S. 238 und die daselbst in No. 9 und bei Glück in B. XXXV, S. 69 Note 42 Citirten und ausserdem Strippelmann S. 495. 496.

[3]) cfr. Hasse S. 494—497; offenbar liegt in dieser Anschauung, wie Fischer S. 70 behauptet, eine Reminiscenz an die deutsch-rechtliche Vergabung von Todeswegen.

correspective Testamente durch den Erbschaftsantritt durch den überlebenden Mittestator unwiderruflich würden, misslangen; sie mussten aber auch misslingen, da sie nach der ganzen eben gegebenen Entwicklungsgeschichte derselben auf Grund des römischen Testamentsrechts eine Anomalie bilden.

Das deutsche Rechtsbewusstsein beanspruchte aber von je die Unwiderruflichkeit derartiger Testamente, sobald der eine Testator auf Grund der Verfügungen des Anderen dessen Erbschaft angetreten hatte und dieses Princip fallen zu lassen, bloss weil es sich aus dem einseitigen römischen Testamentsrecht nicht begründen lässt,[1]) ist offenbar unrecht. Deshalb haben sich auch in älterer und neuerer Zeit gewichtige Stimmen dafür erhoben, dass der Erbantritt des überlebenden Testators das correspective Testament unwiderruflich mache; zunächst war es Georg Beutelen,[2]) welcher in seiner 1587 erschienenen Schrift den Satz aufstellt:

> „Wenn denn nun der Eheleuten eines etwas auss dem Testament von dess andern Gut gewinnen will, ist es auch seines Theils das Testament und letzten Willen zu halten schuldig."

Doch verhallte seine Stimme einsam; erst 1702 trat J. S. Stryk mit der Behauptung hervor, dass dem deutschen Rechte das Princip der Unveräusserlichkeit der Testirfreiheit unbekannt sei, nachdem bereits vorher Schilter,[3]) wenn auch ziemlich unsicher, den Gedanken ausgesprochen hatte, dass wechselseitige Testamente auf einem Vertrag beruhten und dass dieselben durch den Tod des einen Testators unwiderruflich würden. Beide Rechtsgelehrte gehen freilich in einem sehr wesentlichen Punkte auseinander: während Schilter die correspectiven Testamente mit dem Tod des einen Testators unwiderruflich sein lässt, erklärt Stryk den Widerruf vertragsmässig überhaupt für ausschliessbar.

Das letztere ist nun zwar offenbar unrichtig; man vermengt damit Erbverträge und wechselseitige Testamente, aber diese irrige Behauptung wurde doch der Anstoss, dass der richtige Gedanke zum Durchbruch kam, dass die unveräusserliche Testirfreiheit des römischen Rechts mit dem Begriffe der correspectiven Testamente unvereinbarlich sei.

---

[1]) Windscheid sagt ja geradezu, der behauptete Satz sei „unconstruirbar" cfr. § 568, Note 7, S. 114.

[2]) Tractatus ad formulam testamenti, Frankfurt a/M. Fol. 113 i. f. und 14 (citirt von Hartmann S. 125, Note 2).

[3]) J. Schilter, Exercit ad Pand. XXXIX de leg. et fideic. III. lib. 32, § 56, S. 530.

Man erkannte die Unwiderruflichkeit solcher Testamente schliesslich, wenn auch unter lebhaftem Widerspruch der Romanisten, an, aber nur unter der Voraussetzung, dass der Längstlebende die Erbschaft angetreten hatte. Dadurch sei er zur unbedingten Anerkennung der auch über sein Vermögen getroffenen Verfügungen verpflichtet, seine eigene letztwillige Verfügung selbst bindend und das Ganze dadurch unwiderruflich gemacht worden.[1])

Darin aber gingen die Ansichten noch auseinander, ob die vorgedachte Regel nur dann Anwendung zu finden habe, wenn die mehreren Testatoren sich gegenseitig zu Erben einsetzten und gleichzeitig über ihr Vermögen nach dem Tode des Längerlebenden verfügten, oder auch ohne diese Beschränkung.

Bei Aufstellung der eigenen Ansicht wird auch hierauf eingegangen werden.

Die Stimmen, welche sich für das erwähnte Princip der Unwiderruflichkeit der correspectiven Testamente nach dem Erbschaftsantritt durch den Ueberlebenden erhoben, sind unter Namhaftmachung ihrer Gegner bei Fischer[2]) citirt: besonders ins Gewicht fallen dabei die Ausführungen Stobbe's[3]) und Dernburg's.[4]) Fischer[5]) führt den Beweis, dass die Rechtsprechung keineswegs so getheilter Ansicht ist, wie die Theoretiker, vielmehr, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen ein Hinderniss bilden, fast einmüthig der Unwiderruflichkeit nach dem Erbschaftserwerb durch den Ueberlebenden zustimmt, wenn sich auch Meinungsverschiedenheiten im Einzelnen zeigen.[6])

§ 9.

Die eigene Ansicht des Verfassers.

Es ist wohl im Wesentlichen unbestritten, dass das deutsche Recht Erbverträge anerkennt, welche für die Contrahenten der Regel nach, wie jeder Vertrag, einseitig unwiderruflich sind. Behalten sich beide Theile das Widerrufsrecht vor, so steht es ihnen rechtlich zu. Ist auch die Natur der zweiseitigen Verträge strittig, so wird man doch als die herrschende Ansicht bezeichnen dürfen, dass sie als zwei selbständige, aber sich gegenseitig durchkreuzende Obligationen aufzufassen sind. Wer aber die Rechte aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäft geltend macht, ist unbedingt auch

[1]) So Strippelmann, S. 495. — [2]) Fischer, S. 89 ff. — [3]) Stobbe, a. a. O. V, § 307. [4]) Dernburg, Pandekten III, § 97. — [5]) Fischer, S. 91—102. — [6]) Fischer, S. 103; ferner Entscheidungen des Reichsgerichts in Bolze I. 1307. S. 290. 1310. S. 290. 291 und in der officiellen Ausgabe B. VI, S. 174 fg.

seinerseits verbunden, die ihm aus demselben Rechtsgeschäft obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen.

Diese einfache Ueberlegung führt aber ohne Weiteres zu dem Satz, dass auch ein Erbvertrag, selbst wenn das Widerrufsrecht vorbehalten wurde, dann nicht mehr einseitig widerrufen werden kann, wenn der eine Contrahent sich in Gemässheit des Vertrages in den Besitz des Nachlasses des anderen gesetzt hat. Geht man von der in § 4 aufgestellten Ansicht aus, dass die Erbverträge ebenso wie die gemeinschaftlichen Testamente sich gleicherweise aus den deutschen wechselseitigen Verfügungen, besonders unter Ehegatten, entwickelten, so liegt der Schluss nahe, dass das correspective Testament mit den Erbverträgen eine grössere Verwandtschaft hat, als man gewöhnlich annimmt. Vielleicht möchte es sogar richtig sein, zu behaupten, dass erstere sich von letzteren nur durch die Form und die ipso jure vorhandene Widerruflichkeit unterscheiden. Da auch alle correspectiven Testamente auf ausdrücklicher oder stillschweigender Willensübereinstimmung beruhen und die Correspectivität, wie oben gezeigt, nicht etwa zu präsumiren, sondern zu beweisen bez. aus den Intentionen der mehreren Testatoren durch Interpretation festzustellen ist, so kann man wohl sagen, auch ihnen liege ein Vertrag zu Grunde dahin gehend, dass die mehreren Contrahenten sich gegenseitig ihren Nachlass letztwillig zuwenden und sich gegenseitig verpflichten, diesen aus den Vermögensmassen beider Theile in der Hand des Ueberlebenden sich bildenden Gesammtnachlass in Gemässheit jener Willensübereinstimmung Dritten zu hinterlassen.

Warum aber schliessen die Contrahenten dann nicht gleich einen Erbvertrag, sondern wählen die Form des Testaments?

Erstens deshalb, um ihrem Willen dahin einen unzweideutigen Ausdruck zu verleihen, dass jeder, solange der andere nicht für sich Rechte aus dem Vertrage geltend gemacht hatte, einseitig zurücktreten kann; zweitens aber vor allem deshalb, weil sie nach Testamentsrecht die Möglichkeit haben, Dritten Rechte zu verschaffen, was bekanntlich nach römischem Recht durch Verträge nur in ganz wenigen und überdies meist bestrittenen Fällen zu erreichen war.

Dass der einseitige Widerruf zu Lebzeiten des anderen Vertragscontrahenten auch dessen Dispositionen vernichtete, ist bereits in § 7 ausgeführt: die vertragschliessenden Theile bedingten eben ihre Dispositionen durcheinander. Diese Bedingung ist aber eine Suspensivbedingung, sodass die eine Verfügung nicht früher in Wirk-

samkeit treten kann, als bis die Unmöglichkeit des Widerrufs von der anderen Seite feststeht, also bis auf dieser Seite ein Erbschaftsantritt erfolgte; sie ist aber auch eine negative Potestativbedingung,[1]) denn jeder Theil hat vor Antretung der Erbschaft des anderen die Möglichkeit des Widerrufs und verliert diese Möglichkeit erst mit der Antretung, sodass in diesem Augenblick die Bedingung erfüllt, und der Erbschaftserwerb ein definitiver wird, ebenso wie die Verpflichtung zur Hinterlassung des eigenen, als des ererbten Vermögens an die vertragsmässig bezeichneten Dritten, unbeschadet des Umstandes, dass diese Dritten die Erben des Letztlebenden und gleichzeitig die Universalfideicommissare des Verstorbenen werden.

Hätte der Ueberlebende in Gemässheit des nur auf das römische Recht sich gründenden Satzes, unveräusserlicher Testirfreiheit die Möglichkeit, auch nach dem Erbschaftsantritt seine Verfügungen zu widerrufen, so würde folgerichtig die negative Potestativbedingung erst mit dem Tode des Ueberlebenden eintreten und diesesfalls ihm bei seinen Lebzeiten der Erbschaftserwerb nur nach zuvoriger Bestellung des cautio Muciana möglich. Da aber der Vordersatz auf einer Verkennung der Wirkungen der Willensübereinstimmung, also des dem correspectiven Testamente zu Grunde liegenden Vertrags beruht, so kann auch von dem Erforderniss der Cautionsleistung auf Seite des überlebenden die Erbschaft antretenden Mittestators keine Rede sein. Nach Vorausschickung dieser prinzipiellen Entscheidung kann wohl aber auch nicht daran gezweifelt werden, dass es gleichgültig ist, ob der überlebende Mittestator zum Erben berufen wurde oder nur ein Vermächtniss erhielt.[2])

Der Erwerb aus dem, dem correspectiven Testament zu Grunde liegenden Vertrage nimmt ihm sein Widerrufsrecht, nicht der Umstand, dass er gerade als Erbe etwas aus dem Vermögen des verstorbenen Mittestators erhielt; ja, wenn dem Mittestator gar nichts hinterlassen ist, das Testament also ein testamentum mere simul-

---

[1]) Dies gilt freilich nur für Widerruf und Abänderung, nicht für andere Umstände, welche correspective letztwillige Verfügungen aufheben. Tritt ein solcher Umstand erst nach dem Erbschaftserwerbe des einen Testators ein, wird z. B. seine Disposition durch nachgeborene Notherben umgestossen, so ist die Verfügung des Erstverstorbenen davon stets unberührt, da der Wille der mehreren Testatoren sich gegenseitig nur insoweit binden konnte, als ihr Wille ein freier war.

[2]) cfr. auch Entcheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen B. V, S. 243—246, wo dieser Satz sogar für die Gebiete des preussischen Landrechts anerkannt wird, obwohl dieses die Ernennung zum Erben vorschreibt.

taneum war, wird man behaupten müssen, das die im Interesse des überlebenden Testators gemachten Zuwendungen an Dritte und deren Erwerb durch diese das Widerrufsrecht aufhebt; nur wird in einem derartigen Falle selten der unzweifelhafte Wille der Testatoren auf Correspectivität nachzuweisen sein, da in der Regel das rechtliche Interesse an letzterer fehlen wird.

Ob alle Verfügungen correspectiver Testamente von den vorstehenden Prinzipien ergriffen werden und ob die mehreren Testatoren ihre Verfügungen zu Gunsten Dritter auch auf das nach dem Tode des Zuerstverstorbenen anderweit erworbene Vermögen erstreckten, ist lediglich quaestio facti: der feststellbare Vertragswille der Testatoren muss allein auch hier massgebend sein.

§ 10. Schlussbemerkungen.

Von den in § 9 dargelegten Anschauungen aus liegt kein Grund vor, gemeinschaftliche Testamente überhaupt gesetzlich zu verbieten, wie dies der § 1913 des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich thut, weil die Rechtsentwickelung, welche solche Testamente begünstigt habe, nach den Motiven jenes Entwurfs eine abwegige sei und die Unzuträglichkeit derselben, welche eine unklare Mitte zwischen Testament und Erbvertrag hielten, auf der Hand lägen.

Die Kritik des Entwurfes hat sich denn auch mit grosser Majorität für den Fortbestand gemeinschaftlicher Testamente, speziell der Eheleute, ausgesprochen, zumal ihre Ueblichkeit der deutschen Anschauung von dem Wesen der Ehe entspricht, in welcher ein inniges Zusammenwirken für das gegenwärtige und künftige Wohl der Kinder oder anderer Familienglieder stattfindet und der Wille der beiden Eheleute nur als ein Wille erscheinen soll.[1])

Bei der Zerrissenheit der Theorie und dem Zwiespalt der Particulargesetzgebung über gemeinschaftliche Testamente, welche Factoren auch eine vollständige Einmüthigkeit der Praxis verhinderten, ist es aber allerdings begreiflich, dass mehrere hervorragende Rechtsgelehrte vor der Abfassung gemeinschaftlicher Testamente, besonders correspectiver Testamente, warnen oder mindestens die grösste Vorsicht dringend empfehlen.

Die in neuerer Zeit zu Gunsten des deutschen Rechts sich bemerkbar machende Strömung wird wohl aber auch auf diesem Gebiete eine Klärung schaffen, ohne dass es nöthig ist, dass die Gesetzgebung eingreift.

[1]) Laué, in den Verhandlungen des 20. Juristentags B. I, S. 7 und Verhandlungen, Band 4, S. 314 fg.